

Rechtsetzung durch Private

Private Organisationen als Verordnungsgeber

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

URSULA BRUNNER

von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

1902

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507223_0002

Rechtsetzung durch Private

Private Organisationen als Verordnungsgeber

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

URSULA BRUNNER

von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Juli 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. Emil Stark

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 33 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von U. Häfelin, W. Haller, A. Kölz, G. Müller, D. Schindler und F. Zuppinger

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1982
ISBN 3 7255 2241 3

Satz und Druck: Verlag Hans Schellenberg Winterthur

Auf die Thematik machte mich ursprünglich mein Vater aufmerksam. Das Vertrauen von Professor Walter Haller, dass die interessante Aufgabe zu bewältigen sei, markierte das Ziel. Zahlreiche Personen erteilten mir über die Jahre freundlich Auskünfte. Besonders wertvoll waren für mich die Diskussionen über Konzepte und Texte: in erster Linie im freundschaftlichen Austausch von Gedanken und Anregungen mit Wolf Linder, sodann mit George Häberling, Charbel Ackermann und Hans Werder.

Ihnen allen danke ich herzlich, aber auch den Freunden, die in manch anderer Weise zum Gelingen Wesentliches beitrugen.



INHALTSÜBERSICHT

Einleitung	1
1. Teil: Übersicht	8
1. Kapitel: Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung	8
§ 1 Ausgelagerte Rechtsetzung als Thema der Doktrin	8
§ 2 Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung auf Bundesebene	13
2. Kapitel: Eingrenzungen	23
§ 3 Staatliche und nicht-staatliche Kompetenzträger	23
§ 4 Erste Eingrenzung des Rechtsetzungsbegriffs	29
2. Teil: Die Privaten als Kompetenzträger	34
§ 5 Die Verschiedenartigkeit der rechtsetzenden Organisationen	34
3. Teil: Die Privaten als Rechtsetzer	49
§ 6 Die Privaten in den einzelnen Phasen des Rechtsetzungsprozesses	49
§ 7 Die Funktionen der privaten Regelungen im Rechtsverwirklichungsprozess	65
§ 8 Die Regelungen Privater im System der Rechtsfunktionen	70
4. Teil: Grundlagen und Rahmen ausgelagerter Rechtsetzung	98
1. Kapitel: Rechtsetzungsbefugnis und Verfassung	98
§ 9 Gesetzesdelegation	98
2. Kapitel: Private und die verfassungsmässige Verteilung der Regelungslast	110
§ 10 Die privaten Organisationen im Staat	110
§ 11 Verfassungsnormen zur Stellung privater Organisationen	119
§ 12 Regelungsbefugnisse Privater im Licht der Praxis	128
§ 13 Versuch einer Bilanz: Voraussetzungen und Grenzen von Rechtsetzungsbefugnissen Privater	139
3. Kapitel: Zum Rahmen ausgelagerter Rechtsetzung	161
§ 14 Verfahrensmässige Anforderungen an ausgelagerte Rechtsetzung	161

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XIII
Ämtliche Veröffentlichungen	XVIII
Verzeichnis der Abkürzungen von Periodika, Gesetzen und Organisationen usw.	XIX
Verzeichnis der Erlasse (SR-Nummern)	XXI
Einleitung	1
I. Vorbemerkung	1
II. Zur Entwicklung der staatlichen Regelungsaufgaben	1
A. Normenvolumen und Regelungslast heute	1
B. Zur Entwicklung des Regelungsbedarfs	3
C. Zur Verteilung der Regelungsaufgaben auf verschiedene Organe	5
III. Zum Aufbau der Untersuchung	7
1. Teil: Übersicht	8
1. Kapitel: Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung	8
§ 1 Ausgelagerte Rechtsetzung als Thema der Doktrin	8
I. Ausgelagerte Rechtsetzung in Lehrbüchern	8
II. Ausgelagerte Rechtsetzung in Monographien und Aufsätzen	10
§ 2 Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung auf Bundesebene	13
A. Verweisungen	13
B. AVE	13
C. URVG	14
D. BBG	15
E. SEV	16
F. MHV	17
G. LMB	18
H. STEG	18
I. SUVA	19
K. ZVSM/KMO	20
L. NB	21
M. BankG	22
2. Kapitel: Eingrenzungen	23
§ 3 Staatliche und nicht-staatliche Kompetenzträger	23
I. Die Abgrenzung im allgemeinen	23
A. Die Schwierigkeit, ein praktikables Abgrenzungskriterium zu finden	23

VIII

B.	Die Rechtsgrundlage des Kompetenzträgers als Abgrenzungskriterium	26
II.	Die Zuordnung der Kompetenzträger zum staatlichen oder privaten Bereich	27
A.	Der ausgeklammerte staatliche Bereich	27
1.	Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften	27
2.	Die Schweizerische Nationalbank im besonderen	28
3.	Kommissionen	28
B.	Der behandelte private Bereich	29
§ 4	Erste Eingrenzung des Rechtsetzungsbegriffs	29
I.	Private im Vorverfahren der Gesetzgebung	30
II.	Privatae leges	31
III.	Die Verweisung auf private Normenwerke	32
IV.	Die Mitwirkung Privater bei der Umsetzung der staatlich formulierten Politik	33
2. Teil:	Die Privaten als Kompetenzträger	34
§ 5	Die Verschiedenartigkeit der rechtsetzenden Organisationen	34
I.	Berufs- und Fachorganisationen (Verbände)	34
A.	Allgemeines	34
B.	Die Gewerkschaft Bau und Holz (GBH)	35
C.	Der Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen	37
D.	Der Schweizerische Elektrotechnische Verein (SEV)	38
II.	Selbsthilfeorganisationen	39
A.	Der Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM)	39
B.	Gesellschaften zur Verwertung von Urheberrechten (im besonderen: die SUISA)	42
III.	Erwerbsgesellschaften	44
A.	Versicherungsgesellschaften	44
B.	Die Schweizerische Käseunion AG	45
3. Teil:	Die Privaten als Rechtsetzer	49
§ 6	Die Privaten in den einzelnen Phasen des Rechtsetzungsprozesses	49
I.	Bemerkungen zum Rechtsetzungsprozess im allgemeinen	49
II.	Die Rollen von Staat und Privaten in den einzelnen Phasen ausgelagerter Rechtsetzung	51
A.	Initiative	51
B.	Inhaltgebung	53

1. Allgemeines	53
2. Verfahren	54
3. Gestaltungsspielraum	56
a. Zum Inhalt der ausgelagerten Rechtsetzung	56
b. Die Revision von Erlassen privater Organe	57
C. Entscheidungsfällung	58
1. Im allgemeinen	58
2. Autonome Entscheidung der Privaten	59
3. Entscheidung vorbehaltlich Genehmigung durch staatliche Behörden	61
D. Publikation	63
§ 7 Die Funktionen der privaten Regelungen im Rechtsverwirklichungsprozess	65
I. Rechtsetzung als Beitrag der Privaten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben	65
A. Rechtsetzung als Teil des Vollzugsauftrags	65
B. Rechtsetzung als selbständige Aufgabe der privaten Vollzugsorgane	66
II. Ausstattung privater Regelungen mit zwingendem Charakter	67
A. Die AVE als Verstärkung privater Regelungsmacht	67
B. Die AVE privater Regelungen als Entlastung für den Staat	68
§ 8 Die Regelungen Privater im System der Rechtsfunktionen	70
I. Vorbemerkungen	70
II. Der einschränkende Rechtsetzungs-Begriff des geltenden Rechts	73
A. Rechtsetzung und Inhalt	73
1. Die Legaldefinition von "Rechtsetzung" in Art. 5 GVG	73
2. Der generell-abstrakte Rechtssatz	74
a. Ausgangspunkt	74
b. Genereller Rechtssatz und individueller Einzelakt	75
c. Abstrakter Rechtssatz und konkreter Einzelakt	76
d. Würdigung und Exemplifizierung anhand der Rechtsnatur von Tarifen	78
B. Rechtsetzung und Verfahren	79
1. Allgemeines	79
2. Rechtsetzung und Entstehungsverfahren	80
C. Rechtsetzung und Publikation	81
1. Von der Verabschiedung zur Publikation eines Erlasses	81
2. Spezielle Publikationsbestimmungen	83
D. Ausgelagerte Rechtsetzung und Genehmigung	84
1. Genehmigungsbedürftige Rechtserlasse im allgemeinen	84
2. Genehmigung und Rechtscharakter des Erlasses	85
3. Wirkung der Genehmigung	85
III. Der weite Rechtsetzungsbegriff der Regelungslehre	86
A. Einführung	86
B. Von der absoluten Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung zum umfassenden Normbegriff	87
1. René A. Rhinows Argumentation	87
2. Folgerungen für die hoheitlichen Regelungen Privater	88
C. Rechtsetzung und demokratische Kompetenzordnung	89
1. Georg Müllers Anliegen	89
2. Anwendung auf die hoheitlichen Regelungen Privater	90

D.	Die Öffnung des Rechtsnormenbegriffs durch Anerkennung nichtstaatlicher Normgeber	90
1.	Ulrich Meyer-Cordings Sichtweise	90
2.	Ergebnisse für die hoheitlichen Regelungen Privater	92
IV.	Die Regelungen Privater im Spannungsfeld zwischen dem Rechtsetzungsbegriff des geltenden Rechts und der Regelungstheorie	93
A.	Die praktische Notwendigkeit einer Zuordnung der Regelungen zur Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsfunktion	93
B.	Die Regelungen Privater und die Rechtsetzungsfunktion	93
1.	Besonderheiten bei den Regelungen Privater	93
2.	Rechtsetzung als eine von mehreren staatlichen Handlungsformen	94
C.	Regelungen Privater als Rechtsetzung	95
1.	Vorbemerkung	95
2.	Rechtsetzungsqualität bei Regelungen von Privaten	96
4. Teil:	Grundlagen und Rahmen ausgelagerter Rechtsetzung	98
1. Kapitel:	Rechtsetzungsbefugnis und Verfassung	98
§ 9	Gesetzesdelegation	98
I.	Die Legislative als primärer Rechtsetzer	98
II.	Theorie und Praxis zur "Gesetzesdelegation"	99
A.	Stellungnahmen der Lehre zur nichtparlamentarischen Rechtsetzung: Der Streit ums Prinzip und um die möglichen Rechtsetzungsorgane	99
B.	Die Gerichts- und Verwaltungspraxis zur Gesetzesdelegation: Der Spielraum des Verordnungsgebers	103
1.	Die Praxis zur Zulässigkeit der Gesetzesdelegation	103
2.	Die Praxis des Bundesgerichts zum zulässigen Umfang der Gesetzesdelegation	104
C.	Rechtsetzung durch untergeordnete Verwaltungsinstanzen und Subdelegation	106
III.	Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an Private	107
A.	Ausgangspunkt	107
B.	Private Kompetenzträger in der Diskussion um die Verteilung der Regelungslast	108
2. Kapitel:	Private und die verfassungsmässige Verteilung der Regelungslast	110
§ 10	Die privaten Organisationen im Staat	110
I.	Vom Wachsen des Einflusses privater Organisationen bei der staatlichen Willensbildung und Aufgabenerfüllung	110
A.	Allgemeiner Überblick	110
B.	Einzelne Fälle	112
II.	Zu den Bereichen mit ausgelagerten Rechtsetzungskompetenzen	114
III.	Motive der Zusammenarbeit zwischen Staat und Organisationen in der Rechtsetzung	115

A.	Besonderer externer Sachverstand	115
B.	Angewiesensein auf die Unterstützung der Betroffenen	116
C.	Flankierung verbandlicher Massnahmen	117
D.	Flexibilitätserfordernisse	118
§ 11	Verfassungsnormen zur Stellung privater Organisationen	119
I.	Im allgemeinen	119
II.	Die Mitwirkung Privater beim Vollzug (Art. 32 Abs. 3 BV)	120
A.	Verordnungserlasse als Teil des Vollzugauftrags?	120
1.	Rechtsetzung im Vollzug?	120
2.	Selbständige oder delegierte Rechtsetzungszuständigkeit?	121
B.	Zum Umfang der vollziehenden Verordnungskompetenzen	122
III.	Die AVE von Kollektivverträgen	124
A.	Ideologischer Zankapfel der Wirtschaftsartikel	124
B.	Das Institut der AVE als Ausnahme zur staatlichen Rechtsetzung	125
C.	Der Gegenstand der AVE	126
IV.	Zwischenergebnis zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Rechtsetzungsbefugnissen Privater	127
§ 12	Regelungsbefugnisse Privater im Licht der Praxis	128
I.	Ausgangspunkt: Fehlende Organstellung der intermediären Gewalten	128
II.	Stellungnahmen der Praxis zur Verfassungskonformität der ausgelagerten Rechtsetzung	129
A.	Das Parlament als "Hüter der Verfassung"	129
1.	Das Beispiel des STEG	129
2.	Würdigung	130
B.	Bundesgericht und Verwaltungspraxis zu Delegationen an Private	131
1.	Die Regelungsbefugnisse des SEV	131
a.	Der Bundesgerichtsentscheid	131
b.	Würdigung	132
2.	Die Regelungsbefugnisse des ZVSM	133
a.	Die Stellungnahme der Verwaltung	133
b.	Würdigung	133
3.	Die Qualifikation des Lebensmittelbuchs	134
a.	Die Sicht des Bundesamtes für Justiz	134
b.	Würdigung	135
4.	Die Verweisung auf private Normenwerke	135
a.	Die Beurteilung durch die Verwaltung	135
b.	Würdigung	136
5.	Die Stellung privater Organisationen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben	136
a.	Die Stellungnahme der Verwaltung	136
b.	Würdigung	137
III.	Ergebnis	138
§ 13	Versuch einer Bilanz: Voraussetzungen und Grenzen von Rechtsetzungsbefugnissen Privater	139
I.	Ausgangspunkt	139
II.	Zu den gesetzlichen Grundlagen privater Regelungsbefugnisse	140

A.	Das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage	140
1.	Im allgemeinen	140
2.	Technische Rechtsetzung im besonderen	141
3.	Anwendung des Grundsatzes	142
B.	Zum Mass gesetzlicher Vorzeichnung	143
1.	Die "Richtlinien" des Bundesgerichts	143
2.	Anwendung auf die ausgelagerte Rechtsetzung	145
3.	Besondere Problematik bei der ausgelagerten Rechtsetzung	146
III.	Verfassungsgrundlagen und Verfassungsmässigkeit von Rechtsetzungsbefugnissen Privater	147
A.	Das Erfordernis spezieller Verfassungsermächtigung	147
1.	Im allgemeinen	147
2.	Die einzelnen Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung und ihre (fehlenden) Verfassungsgrundlagen	151
B.	Private, nachparlamentarische Rechtsetzung und Verfassung	156
C.	Exkurs: Technische Normung und staatliche Rechtsordnung	159
3. Kapitel:	Zum Rahmen ausgelagerter Rechtsetzung	161
§ 14	Verfahrensmässige Anforderungen an ausgelagerte Rechtsetzung	161
I.	Möglichkeiten der Regulierung	161
II.	Verfahrensvorschriften für die Inhaltgebung bei ausgelagerter Rechtsetzung	162
A.	Allgemeine Überlegungen	162
B.	Konkrete Verfahrensanforderungen	163
III.	Begleitung und Kontrolle ausgelagerter Rechtsetzung durch staatliche Behörden	165
A.	Allgemeine Überlegungen und Übersicht	165
B.	Die Verwaltung und der ausgelagerte Rechtsetzungsprozess	166
C.	Die Verwaltung und der Inhalt ausgelagerter Rechtsetzung	167
D.	Besondere Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten	168
IV.	Zur Publikation von Rechtserlassen Privater	169

LITERATURVERZEICHNIS

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden nur mit dem Namen des Verfassers und dem aus dem Titel hervorgehobenen oder in Klammern beigefügten Stichwort zitiert. Weitere Hinweise auf Literatur finden sich in den Fussnoten.

Die mit einem * bezeichneten Werke sind noch nicht erschienen (vorläufiger Titel, nach Kapiteln zitiert).

- ACKERMANN, CHARBEL: Kooperation Staat – Wirtschaft. Ein Fall im Bereich des Umweltschutzes und seine Lokalisierung in einem allgemeineren Problembereich. DISP Nr. 54 (1979), 45 ff. (*Kooperation im Umweltschutz*)
- *Verordnungsrechtssetzung* im Bereich des Umweltschutzes. SJPW 1981, 207 ff.
- ACKERMANN, CHARBEL/WALTER STEINMANN: Trennung und *Verflechtung* von Staat und wirtschaftender Gesellschaft in der Schweiz. Eine Grundlagenstudie zur parastaatlichen Verwaltung.*
- ALEMANN VON, ULRICH (Hrsg.): *Neokorporatismus*. Frankfurt/New York 1981.
- ALEMANN VON, ULRICH/ROLF G. HEINZE (Hrsg.): *Verbände und Staat*. Vom Pluralismus zum Korporatismus. Analysen, Positionen, Dokumente. Opladen 1979.
- ARNOLD, KARL: Verwaltungs- und Regierungstätigkeit durch eidgenössische *Kommissionen*. Freiburger Diss. 1969.
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS: *Traité de droit constitutionnel suisse*. Neuchâtel 1967.
- *La hiérarchie des règles*. ZSR 1974 II, 193 ff.
- *Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées*. Lausanne 1978.
- AUER, ANDREAS: "... le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale ...": réflexions sur l'art. 113 al. 3 Cst. ZSR 1980 I, 107 ff.
- AUER, ANDREAS/JEAN-DANIEL DELLEY: Le *référendum* facultatif – la théorie à l'épreuve de la réalité. ZSR 1979 I, 113 ff.
- BALLY, JÜRGE ET AL.: *Politik als Determinante im Gesetzgebungsprozess*. In: EICHENBERGER, Grundfragen, 239 ff.
- BLUM, KURT: Die aargauische Rechtssetzung in Theorie und Praxis, Zürcher Diss. 1958. (*Rechtssetzung AG*)
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*. Berlin 1958.
- Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer *Verbände* und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie. Ein Beitrag zum Problem der "Regierbarkeit". In: WILHELM HENNIS (Hrsg.), *Regierbarkeit*, Stuttgart 1977, 223 ff.
- BOERLIN, DANIEL/GOTTLIEB ANDREA KELLER/CHRISTOPHE ZUMSTEIN: Die *Normenflut* als Rechtsproblem. In: EICHENBERGER, Grundfragen, 295 ff.
- BORNER, SILVIO/JÜRGE SOMMER: Die *AHV* als Spielball von Experten und Interessen: Fallstudie zu den AHV-Revisionen 1948 bis 1976. SJPW 1977, 235 ff.
- BREUER, RÜDIGER: Direkte und indirekte *Rezeption technischer Regeln* durch die Rechtsordnung. AöR 1976, 47 ff.
- BRÜHWILER, HANS: Die *Gesetzesdelegation*, eine rechtsvergleichende Untersuchung. Zbl. 1959, 209 ff. und 233 ff.
- BRUNNER, URSULA: Rechtsetzung durch Private. Fragen zu einem Teilaspekt parastaatlicher Aufgabenerfüllung. DISP Nr. 62 (1981), 21 ff.
- BURCKHARDT, WALTHER: *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*. 3.A. Bern 1931.
- Die *Organisation der Rechtsgemeinschaft*. 2.A. Zürich 1944 (unveränderter Nachdruck Zürich 1971).
- BUSER, WALTER: Die Organisation der *Rechtssetzung*. ZSR 1974 II, 377 ff.
- Die *Bekanntmachung* des Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssetzung des Bundes. In: EICHENBERGER, Grundfragen, 469 ff.

- EGGIMANN, BRUNO: Die *Erlassformen* der Bundesversammlung gemäss den Vorschriften des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 23. März 1962. Zürcher Diss. 1977.
- EGLOFF, WILLI: Die Informationslage des Parlaments. Eine Untersuchung zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des Deutschen Bundestages und der Schweizerischen Bundesversammlung. Zürcher Diss. 1974.
- EICHENBERGER, KURT: Die *oberste Gewalt* im Bunde. Berner Diss. 1949.
- *Rechtssetzungsverfahren* und Rechtssetzungsformen in der Schweiz. ZSR 1954, 1a ff.
 - Zur Einleitung: Von der *Rechtssetzungsfunktion* im heutigen Staat. ZSR 1974 II, 7 ff.
- EICHENBERGER, KURT (Hrsg.): *Grundfragen* der Rechtssetzung. Basel 1978.
- FLEINER, FRITZ/ZACCARIA GIACOMETTI: Schweizerisches *Bundesstaatsrecht*. Zürich 1949 (unveränderter Nachdruck 1969).
- FLEINER, THOMAS: Die *Delegation* als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Rechtsprechung auf dem Gebiet der Gewaltentrennung. Freiburg 1972.
- Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts. 2. A. Zürich 1980 (FLEINER-GERSTER, *Verwaltungsrecht*).
- FORRER, HANS RUDOLF: Die arbeits- und haftungsrechtliche Bedeutung des Bundesgesetzes über die Sicherheit technischer Einrichtungen und Geräte vom 19. März 1976. Berner Diss. 1979 (STEG).
- GIACOMETTI, ZACCARIA: *Verordnungsrecht* und Gesetzesdelegation. In: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1928, 73 ff.
- Das Staatsrecht der schweizerischen *Kantone*. Zürich 1941.
 - Allgemeine *Lehren* des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts. Zürich 1960.
- GIGER, HANS-GEORG: Die *Mitwirkung* privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben. Berner Diss. 1951.
- GRAUER, DIETER: Die *Verweisung* im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen. Basler Diss. 1979.
- GRAUHAN, ROLF-RICHARD: Zur Struktur der planenden *Verwaltung*. StadtBauwelt 1969, 132 ff.
- GRISEL, ANDRE: *Droit administratif suisse*. Neuchâtel 1970.
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL: L'organisation des *travaux préliminaires* de législation. ZSR 1974 II, 349 ff.
- GRUNER, ERICH: Die *Wirtschaftsverbände* in der Demokratie. Erlenbach/Stuttgart 1956.
- GYGI, FRITZ: *Bundesverwaltungsrechtspflege*. Bern 1979.
- Die verwaltungsrechtliche *Rechtsprechung* des Bundesgerichts im Jahre 1977. ZbJV 1979, 185 ff.
 - Die verwaltungsrechtliche *Rechtsprechung* des Bundesgerichts im Jahre 1978. ZbJV 1980, 169 ff.
- HALLER, WALTER: Ausbau der *Verfassungsgerichtsbarkeit*? ZSR 1978 I, 501 ff.
- *Raumplanung* im demokratisch-föderalistischen Rechtsstaat. In: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie. Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, 161 ff.
- HALTNER, ROLF HEINRICH: Begriff und Arten der *Verfügung* im Verwaltungsverfahren des Bundes (Art. 5 VwVG). Zürcher Diss. 1979.
- HANGARTNER, YVO: *Grundzüge* des schweizerischen Staatsrechts (Band I: Organisation). Zürich 1980.
- HANSEN, HANS-JÜRGEN: *Fachliche Weisung* und materielles Gesetz. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Gewaltenteilung, zum Gesetzmässigkeitsprinzip und zum Vorbehalt des (formellen) Gesetzes. Hamburg 1971.
- HAUSHEER, HEINZ: Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel (dargestellt an den Beispielen des GAV und des RMV). ZSR 1976 II, 225 ff. (AVE).
- HOTZ, BEAT: Die *Zusammenarbeit* von Staat und Verbänden bei der Erfüllung wirtschaftlich-politischer Aufgaben. Der Verflechtungsbereich zwischen Staat und Wirtschaft als Forschungsgegenstand. DISP Nr. 54 (1979), 37 ff.

- HUBER, HANS: Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen. Zur Revision der schweizerischen Staats- und Wirtschaftsverfassung. ZSR 1940, 331 ff. (*AVE*).
- *Verbandsrecht* und staatliches Recht. Zbl 1949, 52 ff.
 - *Staat und Verbände* (1958). Jetzt in: Rechtstheorie, 361 ff.
 - Das Recht im technischen Zeitalter (1960). Jetzt in: Rechtstheorie, 57 ff. (*Technisches Zeitalter*).
 - Betrachtungen über die *Gesamtsituation* des Rechts (1970). Jetzt in: Rechtstheorie, 11 ff.
 - *Rechtstheorie*, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950–1970. Bern 1971.
- HUBER, KARL: *Gesetzesinflation?* Aspekte des Gesetzgebungsprogramms des Bundes. SJZ 1977, 1 ff.
- IMBODEN, MAX: Das *Gesetz* als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung. Basel 1954.
- IMBODEN, MAX/RENE A. RHINOW: Schweizerische *Verwaltungsrechtsprechung*. 5.A., Basel/Stuttgart 1976.
- ISELIN, GEORG: Erscheinungsformen der *Kooperation* von Staat und Privaten im *Umweltschutz*. DISP Nr. 57 (1980), 23 ff.
- JAGMETTI, RICCARDO L.: *Vollziehungsverordnungen* und gesetzvertretende Verordnungen. Zürcher Diss. 1957.
- JÖRIN, ROBERT: *Parastaatliche Organisationen* im Agrarsektor: Zur Entwicklung der Zusammenarbeit zwischen Staat und Verbänden beim Vollzug der Agrarmarktordnungen. Agrarwirtschaft und Agrarsoziologie Nr. 2 (1980), 5 ff.
- KAUFMANN, HANS: Die öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Zentralverbandes schweizerischer Milchproduzenten. Freiburger Diss. 1971 (*ZVSM*).
- KNAPP, BLAISE: *La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général*. In: *Mélanges Zwahlen*, Lausanne 1977, 363 ff.
- *Précis de droit administratif*, Basel/Frankfurt 1980.
- KNOEPFEL, PETER: Öffentliches Recht und *Vollzugsforschung*. Bern 1979.
- KRÜGER, HERBERT: *Rechtssetzung* und technische Entwicklung. NJW 1966, 617 ff.
- LENDI, MARTIN/ROBERT NEF: *Erfüllung* öffentlicher Aufgaben ohne Staat. Ein Beitrag zum Thema Privatisierung staatlicher Aufgaben, dargestellt am Beispiel der Schweiz. DISP Nr. 54 (1979), 23 ff.
- LINDER, WOLF: *Planung* und Verfassung. ZSR 1977 I, 369 ff.
- Das Legalitätsprinzip in schweizerischer Rechtsstaats- und Demokratietradition (*Legalität*)*.
- LOEWENSTEIN, KARL: *Verfassungslehre*. 3. A. (unveränderter Nachdruck der 2.A.), Tübingen 1975.
- LUKES, RUDOLF: Das *Atomrecht* im Spannungsfeld zwischen Technik und Recht. NJW 1978, 241 ff.
- MALHERBE, JEAN: *Le corporatisme d'association en Suisse*. Essai de synthèse. Lausanner Diss. 1940.
- MANFRINI, PIERRE-LOUIS: Nature et effets juridiques des *ordonnances administratives*. Genfer Diss. 1978.
- MARTI, HANS: Das *Verordnungsrecht* des Bundes. Zürich 1944.
- MASNATA, SILVIO: *La délégation de la compétence législative*. Lausanner Diss. 1942.
- MEIER, KARL: *Kooperation* von Legislative und Exekutive bei der Rechtssetzung im Bunde. Basler Diss. 1979.
- MENGER, CHR.: *Verwaltungsrichtlinien* – autonome Rechtsetzung durch die Exekutive? In: Demokratie und Verwaltung. Berlin 1972, 299 ff.
- MERKL, ADOLF: *Prolegomena* einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. In: Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet, Wien 1931 (unveränderter Nachdruck Frankfurt 1967), 252 ff.
- MERZ, PETER: *Notenbankpolitik* mit Vereinbarungen. Die Praxis der Schweizerischen Nationalbank aus juristischer Sicht. St. Galler Diss. 1981.
- METRAUX, ALEXANDRE: *Rechtssetzung* und Rechtsanwendung aus argumentationstheoretischer Sicht. In: EICHENBERGER, Grundfragen, 75 ff.
- MEYER, KARL: *Verbände und Demokratie* in der Schweiz. Olten 1968.
- MEYER-CORDING, ULRICH: *Die Rechtsnormen*, Tübingen 1971.

- MEYLAN, JACQUES: *L'accomplissement* par des organismes de droit privé de tâches d'intérêt général et la sauvegarde de l'intérêt général. In: *Mélanges Zwahlen*, Lausanne 1977, 419 ff.
- MÜLLER, GEORG: Inhalt und Formen der *Rechtssetzung* als Problem der demokratischen Kompetenzordnung. Basel/Stuttgart 1979.
- MÜLLER, JÖRG PAUL: *Soziale Grundrechte* in der Verfassung? ZSR 1973 II, 687 ff.
- MÜLLER, PAUL RICHARD: Das Öffentliche *Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts*. Versuch eines Überblicks über Anwendungsmöglichkeiten und Theorie der privatrechtlichen Verwaltung in Gestalt privatrechtlicher Verträge des Gemeinwesens mit Privaten und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Subjekte des Privatrechts. St. Galler Diss. 1970.
- NEF, HANS: Die *Genehmigung* von Verordnungen des Regierungsrates durch den Kantonsrat im Kanton Zürich. Rechtsgutachten, Zürich 1976.
- NEIDHART, LEONHARD: *Plebiszit* und pluralitäre Demokratie. Bern 1970.
- NELL, ANTON: *Gesetzgebungsprobleme* im Alltag des Praktikers. In: EICHENBERGER, Grundfragen, 285 ff.
- NOLL, PETER: *Gesetzgebungslehre*. Reinbek 1973.
- Zusammenhänge zwischen *Rechtssetzung und Rechtsanwendung* in allgemeiner Sicht. ZSR 1974 II, 249 ff.
- OFTINGER, KARL: *Punktationen* für eine Konfrontation der Technik mit dem Recht (1961). Jetzt in: *Ausgewählte Schriften*, Zürich 1978, 22 ff.
- PERRIN, JEAN-FRANÇOIS: Les *conventions* déclarées de force obligatoire générale en tant que sources de droit. ZSR 1976 II, 481 ff.
- Pour une *théorie* de la connaissance juridique. Genève/Paris 1979.
- PETERMANN, MARTIN: Die *Grenzen der Mitwirkung* der privaten Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben. Freiburger Diss. 1960.
- RHINOW, RENE A.: *Parlamentsreform* und Gesetzgebung. Überlegungen zur Neubestimmung der Gesetzgebungskompetenz des Parlaments aufgrund der schweizerischen Verhältnisse. In: RÖDIG, Studien, 154 ff.
- *Rechtsetzung und Methodik*. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Basel/Stuttgart 1979.
- RIEDER, PETER/ROBERT JÖRIN: *Mitverwaltung* und Mitverantwortung von parastaatlichen Organisationen als ein Prinzip in der Landwirtschaftspolitik. DISP Nr. 57, 14 ff.
- RÖDIG, JÜRGEN: Zum *Begriff des Gesetzes* in der Rechtswissenschaft. In: Studien, 5 ff.
- RÖDIG, JÜRGEN (Hrsg.): *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin/Heidelberg/New York 1976.
- ROHR, RUDOLF: Der öffentlichrechtliche *Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen* im schweizerischen Recht. Zürcher Diss. 1961.
- RUCH, ALEXANDER: *Sachkunde* und Entscheidungskompetenz in der Rechtssetzung. In: EICHENBERGER, Grundfragen, 205 ff.
- SALADIN, PETER: Das *Verwaltungsverfahren* des Bundes, Basel 1979.
- *Kernenergie* und schweizerische Staatsordnung. In: *Recht als Prozess und Gefüge*. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 297 ff.
- SCHAUMANN, WILFRIED: *Staatsführung* und Gesetzgebung in der Demokratie. In: *Der Staat als Aufgabe*. Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, 313 ff.
- SCHFOLD, DIAN: *Bewahrung der Demokratie* und wirtschaftlich-technische Entwicklung. ZSR 1974 I, 1 ff.
- SCHILLING, BEA/RUEDI ALBONICO: Blick in die *Milch*. Tages-Anzeiger-Magazin Nr. 44 (1981), 6 ff.
- SCHMID, ERNST FELIX: *Genossenschaftsverbände*. Zürcher Diss. 1979.
- SCHMID, GERHARD: Probleme des *Gesetzesvorbehaltes im Umweltschutzrecht*. SJPW 1981, 177 ff.
- Rechtliche Ausgestaltung und politische Bedeutung der Stellung der Schweizerischen *Nationalbank*. ZSR 1981 I, 385 ff.
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch *verselbständigte Verwaltungseinheiten*. Göttingen 1981.
- SCHÜRMANN, LEO: *Art. 32 der Bundesverfassung*. Wirtschaft und Recht 1962, 199 ff.
- *Wirtschaftsverwaltungsrecht*. Bern 1978.

- SCHWARZENBACH, HANS RUDOLF: *Grundriss* des allgemeinen Verwaltungsrechts. 8.A. Bern 1980.
- STOCKER, HANS: Die *Butyra* als Instrument der staatlichen Lenkung der schweizerischen Butterwirtschaft. Berner Diss. 1973.
- TECHNISCHE NORMUNG UND RECHT. Referate und Diskussionen der DIN-DVT-Gemeinschaftsveranstaltung am 12. und 13. Juni 1979 in Köln. DIN-Normenkunde Heft 14. Berlin/Köln 1979 (*TECHNISCHE NORMUNG*).
- VOLKMAR, DIETER: Allgemeiner *Rechtssatz* und Einzelakt. Versuch einer begrifflichen Abgrenzung. Berlin 1962.
- WARTMANN, THOMAS: Die *Genehmigung kommunaler Erlasse* durch kantonale Behörden nach aargauischem Recht. Zürcher Diss. 1974.
- WEBER-DÜRLER, BEATRICE: Die *Rechtsgleichheit* in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung. Zürcher Diss. 1973.
- WERDER, HANS: Der parastaatliche Bereich in der schweizerischen Demokratie. Ein Problem-aufriss. DISP Nr. 57 (1980), 9 ff. (*Problemaufriss Parastaat*).
- WILDHABER, LUZIUS: *Vertrag und Gesetz* - Konsensual- und Mehrheitsentscheide im schweizerischen Staatsrecht. ZSR 1975 I, 113 ff.
- ZÜST, MARKUS: *Veröffentlichung* und Inkrafttreten von Rechtserlassen. Zürcher Diss. 1976.
- ZÄCH, ROGER: *Privatrechtliches Gesetz* - soziale Ordnungsmacht. Zum 50. Geburtstag von Prof. Dr. Walter R. Schluep. SJZ 1978, 181 ff.

AMTLICHE VERÖFFENTLICHUNGEN

- Botschaft des Bundesrates vom 29. Januar 1954 zum Entwurf eines BG über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlicherklärung. BBl. 1954 125 (BOTSCHAFT AVEG).
- Botschaft des Bundesrates vom 26. Januar 1977 zu einem neuen Bundesgesetz über die Berufsbildung. BBl. 1977 I 681 (BOTSCHAFT BBG).
- Botschaft des Bundesrates vom 5. Juni 1899 über den Erlass eines BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen. BBl. 1899 II 786 (BOTSCHAFT EIG).
- Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezember 1981 zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel. BBl. 1982 I 101 (BOTSCHAFT GGF).
- Botschaft des Bundesrates vom 1. Mai 1968 über die Revision der Käsemarktordnung. BBl. 1968 I 1025 (BOTSCHAFT KMO).
- Botschaft des Bundesrates vom 19. Januar 1951 zum Entwurf eines BG über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes. BBl. 1951 I 133 (BOTSCHAFT LwG).
- Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 1978 zum BG über die Schweizerische Nationalbank. BBl. 1978 I 769 (BOTSCHAFT NBG).
- Botschaft des Bundesrates vom 26. März 1940 zum Entwurf eines BG betreffend die Verwertung von Urheberrechten. BBl. 1940 I 313 (BOTSCHAFT URVG).
- Botschaft des Bundesrates vom 31. Oktober 1979 zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG). BBl. 1979 III 749 (BOTSCHAFT USG).
- Botschaft des Bundesrates vom 10. September 1937 zur Partialrevision der Wirtschaftsartikel der BV. BBl. 1937 II 833 (BOTSCHAFT WA I).
- Ergänzungsbotschaft des Bundesrates vom 3. August 1945 über die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung. BBl. 1945 I 905 (BOTSCHAFT WA II).
- Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten. Entscheide und Gutachten 1941–1966. Zürich 1967 (SCHIEDSKOMMISSION, Entscheide).
- Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung. Bericht. Bern 1977 (BERICHT EXPERTENKOMMISSION VE).
- Totalrevision der Bundesverfassung. Vernehmlassung zum Verfassungsentwurf von 1977. Systematische Vernehmlassungsergebnisse. Bern 1980. (VERNEHMLASSUNG VE).

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN VON PERIODIKA, GESETZEN UND ORGANISATIONEN USW.

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Amtl. Bull.	Amtliches (Stenographisches) Bulletin der Bundesversammlung (NR/SR: des National- bzw. Ständerats)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVEG	BG über die AVE von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
BankG	BG über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BBG	Berufsbildungsgesetz (SR 412.10)
BBl.	Bundesblatt
EBV	V über die Berufsbildung (SR 412.101)
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJ	Bundesamt für Justiz
BLW	Bundesamt für Landwirtschaft
BPV	Bundesamt für Privatversicherungswesen
BRB	Bundesratsbeschluss
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und -verordnungen 1874–1974
Bull.	Bulletin
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
BVerfGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts
CES	Schweizerisches Elektrotechnisches Komitee
DIN	Deutsches Institut für Normung
DISP	Dokumente und Informationen zur schweizerischen Orts-, Regional- und Landesplanung (ORL-Institut der ETH Zürich)
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EIG	BG über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (SR 734.0)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GBH	Gewerkschaft Bau und Holz
GGF	Genossenschaft für Getreide und Futtermittel
GR	Geschäftsreglement
GSF	Schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung
GVG	Geschäftsverkehrsgesetz (SR 171.11)
ILO	International Labour Organisation (Genf)
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung
KFV	V über Förderung der Käseproduktion (SR 916.356.11)
KMO	Käsemarktordnung (SR 916.356.0)
KUVG	Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (SR 832.01, AS 28 253)
LMB	Lebensmittelbuch
LMG	Lebensmittelgesetz (SR 817.0)
LMV	Lebensmittelverordnung (SR 817.02)
LwG	Landwirtschaftsgesetz (SR 910.1)
MB	Milchbeschluss (SR 916.350)
MHV	Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung
MKV	V zu Milchbeschluss, Käsemarktordnung und Milchwirtschaftsbeschluss (SR 916.350.181.1)
NBG	Nationalbankgesetz (SR 951.11)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OR	Obligationenrecht (SR 220)
RKG	Rechtskraftgesetz (SR 170.513.1)
RL-APK	Richtlinien für die Bestellung, Arbeitsweise und Kontrolle von ausserparlamentarischen Kommissionen (BBl. 1974 II 467)
RL-BRG	Richtlinien der Bundeskanzlei für die Vorbereitung und Erledigung der Bundesratsgeschäfte (Januar 1972)
RL-GT	Richtlinien der Gesetzestechnik (September 1976)
RL-VV	Richtlinien des Bundesrates über das Vorverfahren der Gesetzgebung (BBl. 1970 I 993 und 1976 II 949)
RMV	Rahmenmietvertrag
SEV	Schweizerischer Elektrotechnischer Verein
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein
SJPW	Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaft
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SNB	Schweizerische Nationalbank
SNV	Schweizerische Normen-Vereinigung
SR	Ständerat
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
STEG	BG über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (SR 819.1)
STEV	V über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (SR 819.11)
StStV	Starkstromverordnung (SR 734.2)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Luzern)
SVG	Strassenverkehrsgesetz (SR 741.01)
SZR	Sicherheitszeichen-Reglement (SR 734.231)
TA	Tages-Anzeiger (Zürich)
TschG	Tierschutzgesetz vom 9. März 1978 (AS 1981 562)
URG	Urheberrechtsgesetz (SR 231.1)
URVG	Verwertungsgesetz (SR 231.2)
URVV	VV zum URVG (SR 231.21)
USG	Umweltschutzgesetz (gemäss Entwurf in BBl. 1979 III 749)
UVG	BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (BBl. 1981 I 743, noch nicht in Kraft gesetzt)
V	Verordnung
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz (SR 961.01)
VE	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (1977)
VINK	V über die individuelle Nachkalkulation in der MHV (SR 961.253)
VMHV	V über die MHV (SR 961.25)
VmV	V über die Verwertung von Verkehrsmilch (SR 916.353.1)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (früher VEB)
VSETH	Verband der Studierenden an der ETH
VSM	Verein Schweizerischer Maschinen-Industrieller
VV	Vollziehungsverordnung
VwOG	BG über die Organisation der Bundesverwaltung (SR 172.010)
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz (SR 172.021)
WA	Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung (Art. 32 ff. BV)
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZVSM	Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten

VERZEICHNIS DER ERLASSE (SR-Nummern)

101	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (BV)
170.513.1	BG vom 12. März 1948 über die Rechtskraft der Bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen ... (RKG)
171.11	BG vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (GVG)
171.13	Geschäftsreglement des Nationalrates vom 4. Oktober 1974 (GR NR)
171.14	Geschäftsreglement des Ständerates vom 16. September 1975 (GR SR)
172.010	BG vom 19. September 1978 über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung (VwOG)
172.021	BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG)
173.110	BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG)
210	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB)
220	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR)
221.215.311	BG vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG)
231.1	BG vom 7. Dezember 1922 betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst (URG)
231.2	BG vom 25. September 1940 betr. die Verwertung von Urheberrechten (URVG)
231.21	VV vom 7. Februar 1941 zum BG betr. die Verwertung von Urheberrechten (URVV)
231.22	Reglement der Eidgenössischen Schiedskommission betr. Verwertung von Urheberrechten
412.10	BG vom 19. April 1978 über die Berufsbildung (BBG)
412.101	V vom 7. November 1979 über die Berufsbildung (BBV)
734.0	BG vom 24. Juni 1902 betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (ElG)
734.1	V vom 7. Juli 1933 über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Schwachstromanlagen
734.2	V vom 7. Juli 1933 über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen (StStV)
734.231	Reglement vom 1. April 1953 für die Prüfung der elektrischen Installationsmaterialien und Apparate sowie für die Erteilung des Sicherheitszeichens (SZR)
734.24	V vom 24. Oktober 1967 über das Eidgenössische Starkstrominspektorat
814.226.211	Verfügung des EDI vom 27. Dezember 1967 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung durch flüssige Brenn- und Treibstoffe sowie andere wassergefährdende Lagerflüssigkeiten (Technische Tankvorschriften)
817.0	BG vom 8. Dezember 1905 betr. den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (LMG)
817.02	V vom 26. Mai 1936 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMV)
817.021/021.1	BRB vom 6. Juli 1937/vom 14. Dezember 1964 betr. das Schweizerische Lebensmittelbuch
817.021.2	BRB vom 29. September 1944 betr. Ernennung einer Lebensmittelbuch-Kommission
819.1	BG vom 19. März 1976 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG)
819.11	V vom 21. Dezember 1977 über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEV)
832.01	BG vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG)

910.1	BG vom 3. Oktober 1951 über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (LwG)
916.350	Beschluss der Bundesversammlung vom 29. September 1953 über Milch, Milchprodukte und Speisefette (MB)
916.350.101	V vom 30. März 1977 über die individuelle Abgabe auf übermässigen Milchlieferungen
916.350.181.1	V vom 18. Juni 1979 zu Milchbeschluss, Käsemarktordnung und Milchwirtschaftsbeschluss (MKV)
916.350.181.13	Anordnungen des ZVSM vom 9. Dezember 1976 über den Ersatz nichtüberwältzter Milchgrundpreiserhöhungen an die Fabrikanten von Weich-, Halbhart- und Spezialkäse
916.350.181.15	Anordnungen des ZVSM vom 9. Dezember 1976 über die Rückerstattung der Magermilch-Höherbewertung
916.351.2	V vom 28. Oktober 1970 über die abgestufte Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen
916.351.21	Anordnungen des ZVSM vom 20. Februar 1973 über die individuelle, abgestufte Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen
916.351.22	Technische Vorschriften des ZVSM vom 20. Februar 1973 über die Durchführung der individuellen, abgestuften Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen
916.351.3	Schweizerisches Milchliefersregulativ vom 18. Oktober 1971 der Schweizerischen Milchkommission
916.351.31	Schweizerisches Rahmliefersreglement vom 6. November 1973 für Milchzentrifugenrahm (des ZVSM)
916.353.1	V vom 30. April 1975 über die Verwertung der Verkehrsmilch (VmV)
916.356.0	BG vom 27. Juni 1969 über die Käsevermarktung (KMO)
916.356.01	Reglement der Schweizerischen Käseunion vom 26. April 1972 über die Warenzuteilung an ihre Mitgliedfirmen
916.356.02	Reglement der Schweizerischen Käseunion vom 26. April 1972 über die Mitgliedschaft
916.356.11	V vom 17. Dezember 1973 über die Förderung der Käseproduktion
916.356.111	Anordnungen des ZVSM vom 25. April 1975 über die Ausrichtung von Siloverbotzulagen an die Verkehrsmilchproduzenten
916.356.114	Anordnungen des ZVSM vom 20. Mai 1976 über die Ausrichtung einer Preiszulage auf der verkästen Milch
951.11	BG vom 23. Dezember 1953 über die Schweizerische Nationalbank (NBG)
951.31	BG vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds (AFG)
952.0	BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG)
961.01	BG vom 22. Juni 1978 betr. die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG)
961.25	V vom 5. Juni 1979 über die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung (VMHV)
961.253	V vom 5. Juni 1979 über die individuelle Nachkalkulation in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung (VINK)

EINLEITUNG

I. *Vorbemerkung*

Verschiedene Aspekte der Rechtsetzung des Bundes stehen schon seit Jahren im Schussfeld der Kritik. Die Schlagworte "Gesetzesinflation", "Aushöhlung der demokratischen Rechte", "überforderter Stimmbürger" (aber auch "überlastetes Parlament"), "Verbändestaat" oder "Exekutivstaat" könnten durch andere ersetzt werden und dennoch als exemplarisch gelten: beispielhaft dafür, dass Rechtsetzung als zentrale Staatsfunktion im Spannungsfeld der politischen Kräfte immer umstritten, Wandlungen unterworfen und damit der Kritik aus verschiedenen Blickwinkeln ausgesetzt ist. Innerhalb der Staatsrechtswissenschaft nimmt die Auseinandersetzung mit der Rechtsetzungsfunktion ebenfalls einen breiten Raum ein.¹ Der Gegenstand der vorliegenden Arbeit – die hoheitliche Rechtsetzung durch Private – fand in der Doktrin und in den politischen Diskussionen bisher jedoch kaum Beachtung. Dabei steht er in einer engen Beziehung zu vielerörterten Themen wie z.B. der Mitwirkung gesellschaftlicher Mächte im Gesetzgebungsverfahren² oder der Aufgabenteilung bzw. Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten.³ Diese Zusammenhänge werden noch näher auszuleuchten sein. Als Hintergrund, vor dem dann die Probleme der in den privaten Bereich ausgelagerten Rechtsetzung zu behandeln sind, sollen in der Einleitung vorerst einige Überlegungen zum Umfang und zur Verteilung der staatlichen Regelungsaufgaben skizziert werden.

II. *Zur Entwicklung der staatlichen Regelungsaufgaben*

A. *Normenvolumen und Regelungslast heute*

Heute wird weitherum eine "wahre Normenflut" bemängelt, indem auf die seit einiger Zeit 2000 bis 2500 Seiten Rechtstexte hingewiesen wird, die jährlich in der Sammlung der eidgenössischen Gesetze (AS) publiziert werden. Der Bestand an geltenden Rechtsnormen erhöht sich allerdings nicht im gleichen Mass, denn "mehr als die Hälfte der laufend publizierten Normen waren ... Änderungs- oder Aufhebungs-

1 Statt vieler Zitate sei auf die Sammelbände PROBLEME DER RECHTSSETZUNG (= ZSR 1974 II) und EICHENBERGER (Hrsg.), Grundfragen, hingewiesen.

2 Zu denken ist etwa an die Rolle der "pressure groups" im Vernehmlassungsverfahren oder an die Verwendung von Initiative und Referendum usw.

3 Zur Zeit häufig unter den Schlagworten "Reprivatisierung" oder "Deregulierung" im Gespräch.

normen”.⁴ Die beklagte Erscheinung weist demnach gleich auf zwei Entwicklungen in der Rechtsetzung hin, die sich in den letzten Dekaden verstärkt haben: Einerseits erfassen die staatlichen Regelungen immer detaillierter zusätzliche Bereiche und Probleme; andererseits bedürfen sie nach kürzeren Zeitspannen als früher der Überprüfung und Anpassung. Beide Tendenzen wirken sich bei den Gesetzen weniger stark aus als bei den Verordnungen. Bundesgesetze werden häufig durch eine weit umfangreichere Verordnung⁵ oder gar eine Mehrzahl von Verordnungen⁶ konkretisiert. Das niedrigere Abstraktionsniveau dieser Texte führt dazu, dass sie bei veränderten Verhältnissen schneller geändert werden müssen als die formellen Gesetze. Sie *können* aber auch schneller geändert werden, weil das Verfahren zum Erlass von Verordnungen einfacher und flexibler ist. Um davon zu profitieren, überlässt der Gesetzgeber nicht selten die Regelung bestimmter Materien zum vornherein der Exekutive; man denke z.B. an die Bestimmungen über die technische Ausrüstung von Motorfahrzeugen oder über Gelder aus dem Ausland, die mit der Entwicklung der Forschung und Technik bzw. Wirtschaft Schritt halten müssen, wenn sie ihren (gleich bleibenden) Zweck erfüllen sollen.

Die verstärkte Normenproduktion betrifft also die Verordnungen (auch “Reglemente”, früher “Verfügungen” u.ä. genannt) in besonderem Masse.⁷ Damit verbunden ist eine Verlagerung der “Regelungslast” und der Verantwortung vom formellen Gesetzgeber (Parlament/Volk) weg zur Exekutive hin. Wenn Verordnungen, also generelle Regelungen hoheitlicher Natur, von Privaten erlassen werden, findet eine noch weiter gehende Kompetenzauslagerung statt. Diese Erscheinung entspricht sicherlich nicht der Idealvorstellung eines rechtsstaatlich-demokratisch organisierten Staates. Wie sie des weiteren zu beurteilen ist, hängt ausser von den konkreten Ausformungen und Wirkungen u.a. von ihrer heutigen und in Zukunft möglichen Bedeutung ab. Sollte z.B. eine eigentlicher Trend zur Delegation von Rechtsetzungsaufgaben bestehen, müssten grundsätzliche Überlegungen zu Voraussetzungen und Grenzen angestellt werden, die bei der Beschreibung und Problematisierung von Einzelphänomenen unterbleiben können. Vorerst drängt sich deshalb die allgemeine Frage auf, ob sich die staatliche Regelungstätigkeit generell weiter ausdehnen wird oder ob diese Entwicklung verlangsamt oder gar gestoppt wird.

4 BOERLIN/KELLER/ZUMSTEIN, Normenflut, 297.

5 Die LebensmittelV besteht aus rund zehnmal mehr Artikeln als das zugrundeliegende Bundesgesetz, vgl. SR 817.0 und 817.2.

6 Vgl. z.B. die aufgrund des SVG ergangenen SR 741.11, SR 741.31, SR 741.41 etc.

7 BOERLIN/KELLER/ZUMSTEIN, Normenflut, 296.

B. Zur Entwicklung des Regelungsbedarfs

Die Prognosen der Zukunftsforscher für die Siebzigerjahre erfüllten sich nur zu einem kleinen Teil. Es könnte daher vermessen erscheinen, quasi aus der bisherigen Entwicklung extrapolierend zu schliessen, dass die Normenmenge weiterhin zunehmen werde: Ist nicht unsere Zeit durch eine wachsende Staatsverdrossenheit – „weniger Staat“ hat sich als recht erfolgreiche Parole erwiesen – gekennzeichnet, die auch eine „Deregulierung“ zur Folge haben müsste? Dieser Arbeit liegt dennoch die These zugrunde, dass das Regelungsbedürfnis in den kommenden Jahren keineswegs abnehmen wird.⁸ Sie soll im folgenden näher belegt werden.

Die Begründer des Bundesstaates oder auch die Väter der revidierten Bundesverfassung von 1874 wären über die Vorstellung, dass spätere Parlamentariergenerationen sich ausser mit Normen über Motorfahrzeuge und Flugzeuge auch mit solchen über elektronische Datenverarbeitung, Insektizide, Impfungen, Kernenergie, Urheberrechten an Tonbildträgern usw. befassen müssten, wohl schlicht entsetzt gewesen.⁹ Die *Technik* hat bekanntlich Wesentliches zur Normenflut beigetragen. OFTINGER, HANS HUBER u.a. haben verschiedentlich eindrücklich darauf hingewiesen, wie stark das Recht von der Technik beeinflusst und in quantitativer wie auch qualitativer Hinsicht verändert wird.¹⁰ In der letzten Zeit mehren sich die Stimmen, die auf die Defizite des technischen Rechts, auf die unbewältigten Schwierigkeiten in der rechtlichen Erfassung technischer Erscheinungen und ihrer Folgen aufmerksam machen.¹¹ Im Vordergrund stehen dabei Probleme wie die fehlende Fachkenntnis des Gesetzgebers, die Schwierigkeiten bei der verbalen Umschreibung komplizierter technischer Vorgänge und Konstruktionen sowie die Spannung zwischen der Dynamik der Technik und der Beständigkeit des Rechts.¹² An dieser Stelle ist festzuhalten, dass der technische Fortschritt zwar möglicherweise an Tempo verlieren, aber auch bei langsamerem Wirtschaftswachstum sicher nicht stillstehen wird. Er wird vielmehr weiterhin einen erheblichen Bedarf an Normen nach sich ziehen, schon weil die Anforderungen an den Schutz des Menschen und dessen Umwelt mit der steigenden Komplexität der Technik und der Lebensverhältnisse allgemein zunehmen werden.¹³ Dazu kommt ein grösserer Nachhol-

8 So u.a. auch BOERLIN/KELLER/ZUMSTEIN, Normenflut, 298; K. HUBER, Gesetzesinflation, 4 und 6; MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 150. WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 130, spricht in diesem Zusammenhang vom „Normhunger“ unserer Industrie- und Leistungsgesellschaft.

9 LUKES, Atomrecht, 242, erwähnt, dass in den USA um 1968 die Hälfte aller Arbeitskräfte Produkte herstellten und vertrieben, die zu Beginn dieses Jahrhunderts unbekannt waren.

10 Insbesondere OFTINGER, Punktationen, und H. HUBER, Technisches Zeitalter, sowie neuerdings SALADIN, Kernenergie, und STRATENWERTH, Technisches und kritisches Rechtsdenken, SJZ 1980, 373 ff.

11 Vgl. etwa GRAUER, Verweisung; KRÜGER, Rechtsetzung; LUKES, Atomrecht; TECHNISCHE NORMUNG.

12 So u.a. KRÜGER, Rechtsetzung, 617; LUKES, Atomrecht, 242; H. HUBER, Technisches Zeitalter, 69; G. SCHMID, Gesetzesvorbehalt im Umweltschutzrecht, 183.

13 BREUER, Rezeption, 50; LUKES, Atomrecht, 243; VOGEL in TECHNISCHE NORMUNG, 10 f.

bedarf, weil die Lösung vieler Probleme in diesem Bereich (z.B. Datenschutz, Umweltschutz) während Jahren aufgeschoben wurde. Dass der moderne Sozialstaat – z.B. auch durch die Technik bedingte – Risiken und Problemlösungen wieder vermehrt auf den einzelnen abwälzen solle, wird zwar immer wieder postuliert. Diese Forderung scheint auf Widerhall zu stossen, in der politischen Realität aber den allgemeinen Entwicklungen entgegentzulaufen.¹⁴ Wie gross das Bedürfnis nach Normierung heute ist, zeigt sich z.B. darin, dass beispielsweise allein im Jahr 1978 die private Schweizerische Normenvereinigung (SNV) für verschiedenste technische Bereiche 132 Normenblätter herausgab.¹⁵

Die Technik trägt indirekt auch bei zu andern Ursachen der wachsenden Regelungsbelastung des Staates: Die moderne Gesellschaft schont die natürlichen Ressourcen nicht; mit ihrer *Verknappung* wird die Nutzung von Rohstoffen und Energien weniger als bisher durch die Mechanismen des Marktes allein gesteuert werden können. Es ist u.a. daher ein zunehmendes regulierendes Engagement des Staates im Bereiche der Wirtschaft vorauszusehen.¹⁶ In den Siebzigerjahren wurden dann ausser den finanziellen Entwicklungsgrenzen auch die *sozialen Kosten* des Wirtschaftswachstums sichtbar. Der Staat, der längere Zeit als expandierende, sozialgestaltende Verteilungsmacht handelte, wird vielleicht nur wenige wesentliche neue Anliegen berücksichtigen können, dafür aber vermehrt eingreifen müssen, um etwa durch präzisere Zu- und Umverteilungen die sozialen Ungleichheiten wenigstens nicht wieder grösser werden zu lassen und Konzentrationsprozessen entgegenzuwirken oder um negative Auswirkungen durch Gegenmassnahmen zu korrigieren. Dazu wird er sich der Gesetzgebung bedienen, die anerkanntermassen als primäres "das Ergebnis legitimierende(s) Entscheidungsverfahren zur Lösung gesellschaftlicher Probleme"¹⁷ gilt.

Indem das Recht auch zum "Instrument und Träger der gesellschaftspolitischen Dynamik"¹⁸ geworden ist, hat sich sein Charakter verändert. Die Normen haben *komplexere Probleme* zu regeln, die gleichzeitig spezieller und von vermehrt interdisziplinärer Art sind. Das wirkt sich aus in der immer stärkeren Vermischung und Durchdringung von privatem und öffentlichem Recht und in teilweise ausführlicheren Normen, in genaueren, zunehmend kasuistischeren Anweisungen an den Normkonkretisierer. Diese dichtere Durchnormierung ruft ihrerseits wieder nach Rechtsätzen, die Kollisionen regeln, also hier Koordination und dort die Durchsetzung von Prioritäten sicherstellen. Zudem werden in der modernen Gesellschaft schliess-

14 BÖCKENFÖRDE, Verbände, 239, meint, dies sei die "elementare egalitäre Konsequenz der politischen Demokratie".

15 Jahresbericht SNV 1978, 6.

16 BÖCKENFÖRDE, Verbände, 226.

17 BOERLIN/KELLER/ZUMSTEIN, Normenflut, 299. Wie weit rechtliche Durchnormierung gesellschaftliche Steuerung bedeutet, ist eine andere Frage; vgl. etwa KNOEPFEL, Vollzugsforschung; LINDER, Planung, 390.

18 K. HUBER, Gesetzesinflation, 6.

lich ganz allgemein höhere Ansprüche an die rechtliche Vorzeichnung sowie Steuerung und Konfliktregelung durch gesetztes Recht gestellt.¹⁹

Nicht zu vernachlässigen ist sodann der Beitrag zur Normenflut, der durch die ebenfalls wachsende *internationale Verflechtung* geleistet wird. Es wird erwartet,²⁰ dass in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts das Staatsvertragsrecht sogar mehr Umfang beanspruchen wird als das Landesrecht. Da in vielen Bereichen die multilaterale Zusammenarbeit erst in den Anfängen steckt, muss auch hier mit einem Anwachsen des Normbestandes gerechnet werden, der zudem Anpassungsregelungen im nationalen Recht zur Folge haben dürfte.

C. Zur Verteilung der Regelungsaufgaben auf verschiedene Organe

Diese Überlegungen zum Bedarf an Regelungen beanspruchen keineswegs, vollständig zu sein. Sie führen aber zwangsläufig zur Frage, wie der Staat alle anstehenden Regelungsprobleme bewältigen wird. Auf gesetzestechnische und -methodische Ansätze, die selbstverständlich Erhebliches zu Lösungen beitragen werden müssen, ist hier nicht einzugehen.²¹ Dafür soll ein Blick auf die Verteilung der Regelungslast geworfen werden.

Schon heute erlässt der formelle Gesetzgeber jedenfalls umfangmässig nur einen kleineren Teil der Normen; die Verordnungsmacht der Exekutive ist auch ausserhalb des eigenständigen Vollzugsbereichs bedeutend. Ob die damit verbundene "Delegation von Rechtsetzungskompetenzen" zulässig sei, war in der schweizerischen Doktrin lange umstritten; die geltende Bundesverfassung äussert sich dazu bekanntlich nicht. Heute werden Rechtsetzungsbefugnisse der Exekutive aber von Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt. Zu ihrer Begründung wird überwiegend Verfassungsgewohnheitsrecht herangezogen, das die "Gesetzesdelegation" unter bestimmten formalen und inhaltlichen Bedingungen zulasse. Bei der konkreten Würdigung von Delegationsfällen tauchen allerdings immer wieder Schwierigkeiten auf, die G. MÜLLER²² auf die Konstruktion der "Ermächtigung" oder "Übertragung" von rechtsetzender Gewalt zurückführt. Er vertritt die Ansicht, dass nicht Delegationen des Gesetzgebers die Grundlage von Verordnungen darstellen, sondern die Verfassung selber generell "dem Gesetzgeber die wichtigen, dem Verordnungsgeber die weniger bedeutungsvollen"²³ Regelungen zuteilt. Die Konkretisierung

19 Zum Standardisierungsbedürfnis LINDER, Legalität, III; G. MÜLLER, Rechtssetzung, 9; SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, 288; WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 130.

20 K. HUBER, Gesetzesinflation, 2.

21 Vgl. aber K. HUBER, Gesetzesinflation, für einen Überblick, sowie verschiedene Beiträge in EICHENBERGER, Grundfragen.

22 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 178 ff.

23 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 187.

dieses Grundsatzes sei dem Gesetzgeber überlassen, der im einzelnen Fall über die Tragweite einer Regelung und damit über die Verteilung der Normierungsaufgaben zu entscheiden habe. Auch EICHENBERGER und RHINOW kommen zum Schluss, dass die bisher üblichen Kriterien für die Beurteilung der Zulässigkeit von Verordnungen eigentlich nicht die relevanten Gesichtspunkte berücksichtigen: Die Frage wäre vielmehr unter dem Aspekt der Verteilung der Regelungslast zu beantworten.²⁴ Darauf wird zurückzukommen sein.

Erlasse der Verordnungsstufe, die nicht vom Bundesrat oder von ihm hierarchisch unterstellten Verwaltungseinheiten stammen, sind vorläufig eher Einzelercheinungen. Angesichts des weiter steigenden Normierungsbedürfnisses sollte aber diese Form ausgelagerter Kompetenzen in die Überlegungen zur grundsätzlichen Verteilung der Regelungslast miteinbezogen werden. Es ist nicht auszuschliessen, dass in der Zukunft – ähnlich wie seit Jahren beim Vollzug – auch bei der Normsetzung vermehrt Private zu selbständiger Aufgabenerfüllung herangezogen werden. Die Mitwirkung dieser sogenannten intermediären Gewalten bei der Rechtsetzung, die sich ursprünglich auf die Anhörung in wirtschaftspolitischen Fragen beschränkte (Art. 32 Abs. 3 BV), ist heute in einem viel weiteren, damals unvorhergesehenen Ausmass institutionalisiert.²⁵ Der Schritt von der Anhörung zur mit- oder alleinentscheidenden Normgestaltung ist in der Praxis vielfach kleiner, als dogmatisch-begriffliche Gegenüberstellungen erkennen liessen. Wie wichtig schon heute bei der (rechtsetzenden) Konkretisierung von komplexen Regelungsaufgaben die Kooperation des Staates mit den "Betroffenen" ist, betont z.B. der Bundesrat in seiner Botschaft zum Umweltschutzgesetz.²⁶ KRÜGER postuliert (für die Bundesrepublik) konsequenterweise explizit die Anerkennung eines "dritten Modus, der Zusammenarbeit", da es in Anbetracht der gesellschaftlichen Entwicklungen nicht angehe, "die Mittel der Staatstätigkeit auf die Alternative zwischen Überantwortung eines Lebensbereiches an die Willkür der Bürger oder die einseitige Beeinflussung (für die Wirtschaft gesprochen also auf die Alternative zwischen Freiheit und Lenkung) zu beschränken."²⁷ Zusammenarbeit ruft aber häufig einer Aufgabenteilung, um Doppelspurigkeiten zu vermeiden und klare Verantwortlichkeitsverhältnisse herzustellen. Diese kann nun gerade darin bestehen, dass Private für Regelungsaufgaben herangezogen werden.

24 EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, 21 ff.; RHINOW, Parlamentsreform, und RHINOW, Rechtsetzung, 247 ff. und 278 ff.

25 So dass WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 114, der Gesetzgebung "deutlich vertragliche Züge" attestiert (vgl. auch 125, 133 ff.).

26 BOTSCHAFT USG, 773, 776.

27 KRÜGER, Rechtsetzung, 623.

III. Zum Aufbau der Untersuchung

Die Übertragung von hoheitlichen Rechtsetzungsaufgaben an Private ist im Prinzip weder von der Bundesverfassung vorgesehen noch ein Thema der Lehre. Der *erste Teil* dieser Arbeit soll deshalb zur Einführung eine breite Übersicht vermitteln. Zuerst werden die vereinzelt Hinweise der Literatur zur ausgelagerten Rechtsetzung²⁸ auf Bundesebene vorgestellt (§ 2). Bei den Eingrenzungen geht es einerseits um die Zuordnung von Kompetenzträgern zum staatlichen bzw. privaten Bereich (§ 3) und andererseits – über ein Ausscheidungsverfahren – um eine Annäherung an den Rechtsetzungsbegriff (§ 4).

Der *zweite Teil* ist den als Rechtsetzern auftretenden Privaten gewidmet; eine Auswahl dieser Organisationen wird mit Zielen, Strukturen usw. näher beschrieben (§ 5).

Im *dritten Teil* werden die Privaten – unter verschiedenen Aspekten – als Rechtsetzer betrachtet. Ausführlich werden ihre Funktionen innerhalb des Prozesses der Rechtsetzung dargestellt (§ 6). Es schliessen sich Überlegungen zur Rolle der ausgelagerten Rechtsetzung im Rahmen der Rechtsverwirklichung an (§ 7). Endlich soll gezeigt werden, wo der gängige Rechtsetzungsbegriff durch die Regelungen Privater in Frage gestellt wird (§ 8).

Der *vierte Teil* handelt von den Grundlagen und dem Rahmen ausgelagerter Rechtsetzung.

In einem ersten Kapitel ist grundsätzlich nach der Verfassungsmässigkeit nachparlamentarischer Rechtsetzung und der "Gesetzesdelegation" zu fragen (§ 9).

In einem zweiten Kapitel geht es um die Beteiligung von Privaten an der verfassungsmässigen Verteilung der Regelungslast. Zuerst wird die Rolle der intermediären Gewalten in der Staatswirklichkeit skizziert (§ 10); anschliessend werden die beiden Verfassungsnormen zur Organstellung privater Organisationen näher untersucht (§ 11) und Stellungnahmen der Praxis zu Regelungsbefugnissen von Privaten besprochen (§ 12). Darauf sollen als Bilanz die Voraussetzungen und Grenzen ausgelagerter Rechtsetzung festgehalten werden (§ 13).

In einem dritten Kapitel werden zum Abschluss Vorschläge zur verfahrensmässigen Einbindung der ausgelagerten Rechtsetzung formuliert (§ 14).

28 D.h. weder durch die Legislative noch Exekutive erlassene Regelungen.

1. TEIL:

Übersicht

1. Kapitel:

Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung

*§ 1 Ausgelagerte Rechtsetzung als Thema der Doktrin**I. Ausgelagerte Rechtsetzung in Lehrbüchern*

Dass Privaten in verschiedenen Bereichen der Bundesgesetzgebung Entscheidungsbefugnisse zukommen, ist auch unter Juristen kaum bekannt. Wer die Standardwerke zum Staats- und Verwaltungsrecht konsultiert, findet zu diesem Thema wenig.¹ Meist wird neben der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an Bundesrat oder Bundesgericht² als Sonderfall von Rechtsetzung bloss die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Gesamtarbeitsverträgen³ erwähnt, bei der private Vereinbarungen mit Gesetzeswirkung ausgestattet werden. Die Teilnahme Privater am Rechtsetzungsprozess wird im übrigen hauptsächlich im Vorverfahren der Gesetzgebung angesiedelt:⁴ In Expertenkommissionen, über Vernehmlassungen usw. nehmen interessierte Einzelpersonen und Organisationen auf die staatliche Willensbildung Einfluss, ohne jedoch formell mitzuentcheiden. Darüber ist in den letzten Jahren einiges geschrieben worden.⁵ Immer wieder thematisiert wird auch die Mitwirkung Privater beim "Vollzug" öffentlicher Aufgaben.⁶ Damit entsteht der Eindruck, dass Private im "Vorfeld" und im "Nachfeld", aber – abgesehen vom

1 So konstatiert auch MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 43, für die Bundesrepublik Deutschland, die Lehrbücher hätten vom "Pluralismus der Rechtsnormen" überhaupt nicht Kenntnis genommen.

2 AUBERT, Traité, Nr. 1531; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 794 ff.; FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, 57 f.; GRISEL, Droit administratif, 84 f.; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 63; KNAPP, Précis, Nr. 196 ff.

3 AUBERT, Traité, Nr. 204 und 1538; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 497 f. HANGARTNER, Grundzüge, 194 f., erwähnt im gleichen Zug ohne weitere Bemerkungen die AVE von technischen Normen. – Die AVE von Kollektivverträgen war im Jahre 1976 Thema des Schweizerischen Juristentages, vgl. dazu die Referate von HAUSHEER und PERRIN; siehe dort für die umfangreiche Spezialliteratur zur AVE.

4 AUBERT, Traité, Nr. 203, 209/10; GRISEL, Droit administratif, 157; HANGARTNER, Grundzüge, 179; SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 330 ff.

5 Instruktiv z.B. die Studie von BORNER/SOMMER, AHV. Weitere Hinweise hinten § 4 IV.

6 FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, 443 ff.; GRISEL, Droit administratif, 143 ff., insbesondere 156 ff.; KNAPP, Précis, Nr. 786, 1520 ff.; SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 330 ff.; SCHWARZENBACH, Grundriss, 224 ff. Weitere Hinweise hinten § 4 IV.

Spezialfall der AVE von Kollektivverträgen – nicht an der eigentlichen Rechtsetzung beteiligt sein können. Das entspräche auch dem Modell des demokratisch-rechtsstaatlichen Staates, wonach den verfassungsmässigen Organen allein zusteht, einseitig Recht zu schaffen und zwingend durchzusetzen.

In zwei neueren Lehrbüchern zum Verwaltungsrecht⁷ finden sich immerhin einzelne Beispiele und Bemerkungen zur ausgelagerten Rechtsetzung: THOMAS FLEINER⁸ führt im Kapitel über die Zusammenarbeit von Staat und Gesellschaft bei der Wahrnehmung von Aufgaben der staatlichen Leistungsverwaltung die von privaten Versicherungsgesellschaften aufgestellten Tarife für die obligatorische Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung (MHV) und das vom Schweizerischen Elektrotechnischen Verein (SEV) formulierte Sicherheitszeichen-Reglement (SZR) auf. In diesem Zusammenhang kommt auch die normierende Tätigkeit des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) zur Sprache, die nicht auf einem Rechtsetzungsauftrag gründet, aber in der Baugesetzgebung dennoch von grosser Bedeutung ist.⁹ Auf die Problematik solcher “parastaatlicher” Rechtsetzung geht FLEINER nicht ein; er stellt nur fest, dass ihr Grenzen gesetzt sind durch die inhaltliche Beschränkung auf “kleine, vor allem technische Bereiche” und die behördliche Kontrolle. Im Zusammenhang mit der Regelung der AVE von Gesamtarbeitsverträgen weist er zudem darauf hin, dass Private, die am Gewaltmonopol des Staates teilhaben, auch die von Verfassung und Verwaltungsrecht begründeten Prinzipien und Schranken staatlicher Machtausübung zu beachten haben.¹⁰

BLAISE KNAPP erwähnt in seinem Lehrbuch, dass legislative Gewalt auch an Private delegiert werden kann, und nennt als Beispiele die Regelungen des Zentralverbandes Schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM) und der Schweizerischen Käseunion.¹¹ Zu den Voraussetzungen und Bedingungen von Kompetenzauslagerungen in den privaten Bereich äussert er sich kurz unter einer Reihe von Gesichtspunkten wie dem Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage, der behördlichen Aufsicht, der Organisationsfreiheit der Privaten oder ihrer fiskalischen Stellung.¹² Anschaulicher und differenzierter beschäftigt er sich mit denselben Problemen in einem (den üblichen Rahmen sprengenden) Festschriftbeitrag,¹³ auf den im folgenden Abschnitt hingewiesen wird.

7 FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht; KNAPP, Précis. SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 130 und 136, erwähnt zwar die “öffentlichen Weisungsbefugnisse” des ZVSM, scheint aber damit nicht dessen Verordnungskompetenzen zu meinen.

8 Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung finden sich schon in der 1. Auflage (1977) seines Lehrbuchs, 445 f.

9 FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, 496 f.

10 FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, 497.

11 KNAPP, Précis, Nr. 1532.

12 KNAPP, Précis, vgl. vor allem die Nr. 1521–1523, 1533 und 1560.

13 KNAPP, Collaboration.

II. Ausgelagerte Rechtsetzung in Monographien und Aufsätzen

In sehr unterschiedlichen Zusammenhängen kommen in einer Reihe von Monographien und Aufsätzen Rechtsetzungsbefugnisse Privater zur Sprache. Hier soll nur auf jene Autoren hingewiesen werden, die ausgelagerte Rechtsetzung in allgemeiner Weise behandeln.¹⁴

HANS-GEORG GIGER¹⁵ sieht in seiner 1951 erschienenen Abhandlung über die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben deren Teilnahme am Gesetzgebungsverfahren auf die bloße Anhörung beschränkt. Eine Ausnahme bilde die AVE privater Vereinbarungen, „ein neuartiges Verfahren zum Erlass von (Verordnungs-)recht“. Die Rezeption von Verbandsrecht, z.B. in Qualitätsvorschriften, definiert er nicht als eine Besonderheit des Rechtsetzungsverfahrens, sondern als eine der Möglichkeiten zur inhaltlichen Gestaltung des Rechts, die dem Gesetzgeber zur Wahl stehen.¹⁷ Er räumt allerdings ein, dass eine solche Rezeption „rechtspolitisch“ betrachtet durchaus dem Verfahren der AVE gleichgestellt werden kann. Die Übernahme von Verbandsnormen scheint ihm vor allem im Bereich der technischen Regeln gerechtfertigt, „bei deren Vorbereitung der Staat ohnehin auf die Mitarbeit von Fachleuten angewiesen ist.“¹⁸

Interessant ist sodann die Bemerkung GIGERs, dass in der Mitwirkung Privater beim Vollzug nach Art. 32 Abs. 3 BV die „Ausarbeitung von untergeordneten Weisungen“, die „ihrem Wesen nach Rechtsetzung“ seien, durch die Verbände „gemeinhin ... mitverstanden“ werde.¹⁹

MARTIN PETERMANN²⁰ greift das Thema GIGERs zehn Jahr später wieder auf. In seiner Arbeit über die *Grenzen* der Mitwirkung der privaten Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben beschränkt er sich jedoch durchwegs auf staatstheoretische Erwägungen, die auf hohem Abstraktionsniveau verbleiben und nicht an Beispielen konkretisiert werden.

14 Vgl. aber für einzelne spezielle Fälle ausgelagerter Rechtsetzung GRAUER, Verweisung, 189 ff. und 201 ff. (STEG und SEV); FORRER, STEG, insbesondere 81 f.; KAUFMANN, ZVSM, 34 f.; NELL, Gesetzgebungsprobleme, 288 (Milchwirtschaft). ZÜST, Veröffentlichung, erwähnt zwar die Problematik der Veröffentlichung von Rechtssätzen, die von Stellen ausserhalb der zentralen Verwaltung ausgehen, aber keine Beispiele von Regelungen Privater, obwohl solche in der AS vorkommen; vgl. 72 ff., 89 f., 90 ff.

15 GIGER, Mitwirkung. Obwohl von der Bestandesaufnahme her überholt, ist diese rechtspolitisch wie rechtstheoretisch orientierte Dissertation noch durchaus lesenswert.

16 GIGER, Mitwirkung, 143 (147 ff. eingehender zur AVE).

17 GIGER, Mitwirkung, 146. „Eine solche Rezeption erfolgte beim Lebensmittelbuch, bezüglich der Qualitätsvorschriften des Obstv(erbands), der Hausinstallationsvorschriften des elektrotechnischen Vereins und der Kollektivkonventionen der Uhrenindustrie. Während in diesen Fällen ausdrücklich auf das V(erbands)recht verwiesen wird, hat die Lebensmittel-VO ohne Erwähnung der Quelle eine Reihe von Bestimmungen des Milchlieferungsregulativs des Z(V)SM und des Milchkäuferv(erbands) aufgenommen.“

18 GIGER, Mitwirkung, 146.

19 GIGER, Mitwirkung, 180.

20 PETERMANN, Grenzen der Mitwirkung.

Nochmals zehn Jahre später zeichnet PAUL R. MÜLLER,²¹ vom Ansatz her eher an GIGER anknüpfend, in seiner Dissertation über das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts ein facettenreiches Bild der "privatrechtlichen Verwaltung", das er sorgfältig analysiert. Rechtsetzung kommt darin nur am Rand vor; erwähnt werden namentlich Befugnisse des ZVSM und des SEV.²² Für hoheitliche Kompetenzen privatrechtlicher Subjekte gilt nach MÜLLER allgemein die Kurzformel: "nur in Ausnahmefällen und innerhalb engerer (d.h. als wo keine hoheitliche Gewalt involviert ist, U.B.) gezogener verfassungsrechtlicher Schranken zulässig."²³

Die dazwischen erschienene Arbeit von MARTIN USTERI²⁴ zur Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts gibt zu unserer Fragestellung keine Aufschlüsse.

Aus den neueren Aufsätzen über die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private seien hier zwei herausgegriffen,²⁵ weil sie auch Rechtsetzungsbefugnisse erwähnen. KNAPP²⁶ weist in seinem bereits genannten Festschriftenbeitrag auf eine Reihe von Normen Privater mit Verordnungswirkung hin. Damit meint er nicht nur in die Amtliche Sammlung (AS) aufgenommene Erlasse, sondern auch Normen, auf die lediglich verwiesen wird.²⁷ Klare Grenzen gibt es in diesem Bereich seines Erachtens bloss insoweit, als nur der Erlass von "règles secondaires" an Private delegiert werden könne und eine "délégation générale ... d'un pouvoir législatif de substitution" nicht in Frage komme.²⁸ Einzelnen seiner zahlreichen Stellungnahmen zu Problemen der Aufgabenerfüllung durch Private werden wir in verschiedenen Zusammenhängen noch begegnen;²⁹ in bezug auf konkrete Fragen zur ausgelagerten Rechtsetzung erwies sich dieser Aufsatz als am ergiebigsten.

MARTIN LENDI und ROBERT NEF³⁰ kommen in ihrem Beitrag "zum Thema Privatisierung staatlicher Aufgaben"³¹ ebenfalls auf von Privaten erlassene Verordnungen zu sprechen.³² Bei solchen Delegationen würden vor allem bezüglich des sachlichen Geltungsbereichs enge Grenzen gewahrt. Dass in der schweizerischen Staatswirklichkeit öffentliche Aufgaben so häufig "ohne Staat" erfüllt werden, führen die Autoren auf den althergebrachten Milizgedanken und das Subsidiaritäts-

21 P.R. MÜLLER, Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts.

22 P.R. MÜLLER, Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, 195, 246.

23 P.R. MÜLLER, Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, 448.

24 MARTIN USTERI, Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts, Zürcher Habil., Rom 1964.

25 Vgl. zusätzlich etwa MEYLAN, Accomplissement, oder die Aufsätze in DISP Nr. 54 und Nr. 57. Nicht mehr berücksichtigt werden konnten die Referate zum Juristentag 1982 über das Thema "Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht" von ANDREAS JOST und PIERRE-LOUIS MANFRINI.

26 KNAPP, Collaboration.

27 KNAPP, Collaboration, 368.

28 KNAPP, Collaboration, 368.

29 KNAPP, Collaboration, 376, 380 f., 383 f., 392 f., 396.

30 LENDI/NEF, Erfüllung.

31 So der Untertitel zu LENDI/NEF, Erfüllung.

32 LENDI/NEF, Erfüllung, 30, 33 (SEV, Landwirtschaft).

prinzip zurück.³³ Die Bedeutung dieser Grundsätze für den Bereich der Rechtsetzung bleibt jedoch — soweit mehr als die gesetzgeberischen Vorarbeiten gemeint sind — ungeklärt.

Einen besonderen Aspekt des Verhältnisses von Staat und privaten Organisationen betrachtet schliesslich RUDOLF ROHR³⁴ in seiner Dissertation über den öffentlich-rechtlichen Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen. Hier interessieren einmal die allgemeinen Ausführungen über die Kreise, die vor Organisationsmacht(-missbrauch) zu schützen sind, und über die öffentlich-rechtlichen Behelfe, die Staat bzw. Private als Schutz-, Kontroll- oder Interventionsmittel einsetzen können.³⁵ ROHR schildert zudem Stellung und Wirkungsfeld wirtschaftlicher Organisationen in verschiedenen Bereichen und zeigt, welche besonderen Massnahmen vom Gesetzgeber ergriffen wurden.³⁶

Abschliessend ist noch LUZIUS WILDHABER³⁷ anzuführen, der in seinem Aufsatz über die zunehmende Verschränkung von Gesetz und Vertrag verschiedene Fälle privater Normierungsmacht mit oder ohne hoheitliche Gewalt erwähnt (Verbandsstatuten, allgemeine Geschäftsbedingungen, kartellmässige Praktiken, Rahmenmietverträge und Gesamtarbeitsverträge). Er nennt sie zusammenfassend "funktionale Quasi-Rechtsetzung in Vertragsform".³⁸ Während die neuere Lehre das "besondere Gewaltverhältnis" zurückzudrängen suche, feiere es nun "in der Form anstaltsähnlicher Subordinationsverhältnisse in einer Art 'hoheitlichen Privatrechts' eine verkappte Rückkehr".³⁹ Weil hier nicht staatliche Organe, sondern "sozial mächtige Gruppen" dekretieren, müssten diese zu Transparenz und Rechenschaft verpflichtet und für die quasi-gesetzgeberischen Funktionen "als Korrelat ein gesetzesähnlicher Entstehungsprozess mit einem entsprechend hohen Grad an Öffentlichkeit und Repräsentativität wie bei der Gesetzgebung gefordert werden."⁴⁰

So weit Stimmen aus der juristischen Literatur zur ausgelagerten Rechtsetzung.^{41,42}

33 LENDI/NEF, Erfüllung, 27 f., 28 f.

34 ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen.

35 ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen, 95 ff. und 101 ff.

36 Vgl. vor allem ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen, 216 ff. (AVE), 260 ff. und 264 ff. (Urheberrechtsverwertung).

37 WILDHABER, Vertrag und Gesetz.

38 WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 133. Darauf kommt auch ZÄCH, Privatrechtliches Gesetz, zu sprechen.

39 WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 131. MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 47, spricht in diesem Zusammenhang von institutionellen Statusnormen, von Wahlnormen; vgl. hinten § 8 III D.

40 WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 133.

41 Erstaunlicherweise sieht H. HUBER, der sich verschiedentlich (vgl. Literaturverzeichnis) vehement gegen die Anmassung von Rechtsetzungskompetenzen durch Verbände aussprach, nur den einen Fall ausgelagerter Rechtsetzung: die allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge.

42 Auf Rechtsvergleichung wird in dieser Arbeit verzichtet; vgl. aber als Überblick für die BRD: SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten; für Österreich: Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte, hrsg. von der wissenschaftlichen Abteilung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, o.J. (ca. 1978).

§ 2 Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung auf Bundesebene

Rechtsetzung durch Private kommt jedoch öfter vor, als die Hinweise in der Literatur vermuten liessen. In der folgenden Übersicht, die sich auf die Bundesebene beschränkt, ist eine Vielfalt von Beispielen ausgelagerter Rechtsetzung erwähnt. Absichtlich wird der Bogen so weit gespannt, dass er alle Legiferierung erfasst ausser jener, die vom ordentlichen Gesetzgeber (Parlament/Volk) oder vom Bundesrat und Bundesgericht als Verordnungsgeber erlassen wurde. Dieser weite Begriff wird im nächsten Kapitel einzugrenzen sein.

Beispiel A

An vielen Stellen *verweist* die Bundesgesetzgebung auf die Normen *technischer Verbände* wie des SIA.¹ In den Anhängen der Technischen Tankvorschriften² kommen zusätzlich Normen des SEV, des Vereins Schweizerischer Maschinenindustrieller (VSM), des Deutschen Instituts für Normung (DIN), der CARBURA usw. vor. Solche Verweisungen erscheinen in verschiedenen Formen. Sie können z.B. auf eine bestimmte Ausgabe einer technischen Norm oder auf die jeweils geltende, d.h. neueste Ausgabe Bezug nehmen; sie können technische Normen generell anwendbar erklären oder abweichende bzw. ergänzende Regelungen der öffentlichen Hand vorbehalten.³ Obwohl bei Verweisungen kein Auftrag zur Rechtsetzung durch Private vorliegt, haben Fachorganisationen auf die Gestaltung von staatlichen Regelungen einen bedeutenden Einfluss. Das heikle Verhältnis zwischen solchen Verbänden und dem Staat trat in jüngerer Zeit etwa zutage, als sich der SIA trotz allgemeiner Energiespar-Appelle vorerst nicht auf verschärfte Gebäudeisolations-Normen festlegen konnte,⁴ so dass beispielsweise die zuständigen Zürcher Behörden erklärten, einen "Alleingang" zu erwägen, und in Aussicht stellten, selber verbindliche Normen zu formulieren.⁵

Beispiel B

Die Artikel 34ter Abs. 1 lit. c und 34septies Abs. 1 BV sehen die Möglichkeit vor, *Kollektivverträge* aus den Bereichen Arbeit und Miete *allgemeinverbindlich zu er-*

1 Vgl. etwa die ProjektierungsV (SR 172.057.21) oder die BaunormenV (SR 720.1).

2 SR 814.226.211.

3 Vgl. die Darstellung bei GRAUER, Verweisung, 166 ff. Art. 2 Abs. 3 der BaunormenV (SR 720.1) ermächtigt die "Aufsichtsbehörde ... in einzelnen Fällen und in ihrem Bereich jederzeit Abweichungen von den anzuwendenden Normen" zu bewilligen. Das hat zu fünf voneinander abweichenden Ergänzungserlassen geführt. Kritik dazu in SJZ 1979, 200.

4 TA vom 27. Juni 1979.

5 Vgl. Kantonsratsberichterstattung in NZZ vom 28. August 1979.

klären. Solche von den interessierten Verbänden ausgehandelten Gesamtverträge müssen Minderheitsinteressen und regionale Verschiedenheiten berücksichtigen und dürfen Rechtsgleichheit und Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigen,⁶ soll der Bundesrat auf Antrag hin ihre Gültigkeit auch auf Personen ausdehnen, die von den vertragschliessenden Parteien nicht vertreten werden. Mit der AVE verleiht er dem Vertragswerk gesetzesähnliche Wirkungen: Aussenseiter können solche Gesamtverträge nicht mehr unterlaufen. In der Praxis hat die AVE allerdings keine besonders grosse Bedeutung, waren doch z.B. von den über hundert landesweit gültigen Gesamtarbeitsverträgen (GAV) Mitte 1980 nur deren neun allgemeinverbindlich.⁷ Das Projekt für ein BG über die AVE von Rahmenmietverträgen (RMV) wurde in den Siebzigerjahren schubladisiert, da nach Ansicht der Vermieter die damals lancierten Volksinitiativen das dazu nötige partnerschaftliche Verhältnis grundsätzlich und zum vornherein in Frage stellten.⁸

Beispiel C

Nach den Bestimmungen des BG über die *Verwertung von Urheberrechten (URVG)*⁹ verwaltet in der Schweiz eine einzige Gesellschaft, die SUISA, mit behördlicher Bewilligung die Aufführungs- und Senderechte an nicht-theatralischer Musik.¹⁰ Durch Gegenseitigkeitsverträge mit den analog organisierten ausländischen Gesellschaften verbunden, verfügt die SUISA praktisch über das gesamte Weltrepertoire. Diese Lösung erleichtert es den schweizerischen Urhebern, ihre Ansprüche geltend zu machen, und den Konzertveranstaltern, jeweils die Aufführungserlaubnis zu erhalten.¹¹ Die SUISA stellt u.a. die in verschiedene Kategorien (z.B. Musik in Kinos, in

6 Art. 34ter Abs. 2 BV; für die Gesamtarbeitsverträge vgl. auch Art. 2 des BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) (SR 221.215.311).

7 Mit einem Schwerpunkt im Bausektor; vgl. die entsprechende Zusammenstellung in: Die Volkswirtschaft 1980, 635 (per 1. Juli 1980). – Die allgemeinverbindlich erklärten GAV werden gemäss Art. 14 Abs. 1 AVEG im Bundesblatt (BBl.) publiziert statt in der AS.

8 Bundesrat BRUGGER in Amtl. Bull. NR 1976, 1631. Mit einer Motion von NR MUHEIM vom 4. Juni 1980 wird jedoch der Bundesrat eingeladen, "unverzüglich" den Entwurf für ein entsprechendes Ausführungsgesetz vorzulegen; vgl. SJZ 1980, 307 f. Zu speziellen Problemen mit der AVE von RMV (Preisentwicklung, Durchsetzung usw.) vgl. HAUSHEER, AVE, 335. Siehe auch hinten § 11 III C.

9 SR 231.2, Art. 1 und 2.

10 1978 erhielt die Gesellschaft MECHANLIZENZ für die Rechte zum Aufnehmen nicht-theatralischer Musik auf Tonträger dieselbe Rechtsstellung (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b der revidierten URVV, SR 231.21) Heute sind SUISA und MECHANLIZENZ fusioniert (Jahresbericht SUISA 1980, 3). PRO LITTERIS und TELEDrama (SACD-Schweiz für französische Werke) verwalten erst seit einigen Jahren Senderechte für literarische bzw. dramatische Werke; ihre Unterstellung unter das URVG wird zur Zeit vom Bundesrat erwogen (vgl. NZZ vom 10. Februar 1982, S. 33). An der ersten Generalversammlung der SUISSIMAGE wurde eine Resolution zur Ausdehnung des URVG auch auf diese Gesellschaft (Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen) verabschiedet (vgl. NZZ vom 2. Dezember 1981, S. 33).

11 Zu den Nachteilen sich konkurrenzierender Gesellschaften vgl. BOTSCHAFT URVG, 314 f., oder den SUISA-Jahresbericht 1978, 10 ff. (Neuunterstellung der MECHANLIZENZ).

Kirchen usw.) unterteilten *Tarife* mit den Entschädigungssätzen auf, die von Veranstaltern als Entgelt für die Erlaubnis zur öffentlichen Aufführung der geschützten Werke zu leisten sind;¹² es steht nicht mehr im Belieben der Parteien, im konkreten Fall und unter Berücksichtigung individueller Bedingungen ein Honorar auszuhandeln.¹³ Die Vollziehungsverordnung enthält interessante Bestimmungen zum Verfahren bei der Tarifgestaltung. Die SUIA hat nämlich die "Vorschläge der hauptsächlichsten Organisationen der Veranstalter von Aufführungen ... einzuholen und nach Möglichkeit zu berücksichtigen."¹⁴ Anschliessend sind die Tarife zur Genehmigung einer vom Bundesrat eingesetzten Schiedskommission vorzulegen, deren Entscheide endgültig sind.¹⁵ Veröffentlicht werden sie auf Kosten der SUIA im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB).¹⁶

Beispiel D

Während für das Primar- und Mittelschulwesen die Kantone und Gemeinden zuständig sind, liegt für das *Berufsbildungswesen* die Gesetzgebungsverantwortung beim Bund,¹⁷ der den Vollzug allerdings grösstenteils nicht selber besorgt: Die Berufsschulen werden von den Kantonen bzw. von Privaten (z.B. von grösseren Betrieben, vom Schweizerischen Kaufmännischen Verein usw.) geführt,¹⁸ und die praktische Ausbildung erfolgt hauptsächlich durch private Lehrmeister.¹⁹ Abgesehen davon, dass die Berufs- und Fachverbände zu allen Massnahmen von allgemeiner Tragweite anzuhören sind²⁰ und damit bedeutende Einflussmöglichkeiten besitzen,²¹ überträgt das Gesetz ihnen auch konkretisierende Normierungsaufgaben: Für die neuerdings in den meisten Ausbildungsgängen obligatorischen *Einführungskurse* zur Aneignung der grundlegenden Fertigkeiten haben die Berufsverbände ein *Reglement* über Inhalt und Organisation zu erlassen;²² sie arbeiten auch einen *Modell-Lehrgang*

12 Art. 4 URVG.

13 SCHIEDSKOMMISSION, Entscheide, 15 (1.10.41).

14 Art. 9 URVV.

15 Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 URVG sowie Art. 11 und 12 URVV. Nach konstanter Praxis nimmt die Schiedskommission nur eine Willkürüberprüfung vor; siehe dazu: SCHIEDSKOMMISSION, Entscheide, 264 f. (25.3.65). Ausführlich zu diesem Verfahren ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen, 264 ff., 260 f.

16 Art. 11 Abs. 2 URVV.

17 Art. 34ter Abs. 1 lit. g BV. Auf dieser Grundlage kann der Bund "im Kern" nur die Berufsbildung in den "privaten, erwerbswirtschaftlichen Bereichen" (VPB 44.129, wo dieses Prinzip verdeutlicht wird) regeln; zusätzliche Kompetenzen ergeben sich aus Spezialgesetzen wie dem Landwirtschaftsgesetz (LwG), vgl. Art. 5 ff.

18 Art. 32 des BG über die Berufsbildung (BBG) (SR 412.10).

19 Art. 7 BBG.

20 Art. 66 Abs. 2 BBG; dazu gehört insbesondere der Erlass von Ausbildungs- und Prüfungsreglementen.

21 Vgl. ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2.2. Schon GIGER, Mitwirkung, 88, meint, hier sei eine Mitarbeit von Verbänden vorgesehen, "wie sie in diesem Ausmass kein anderer Erlass der Gesetzgebung kennt."

22 Art. 16 BBG.

für die praktische Ausbildung im Betrieb aus, der allerdings die Lehrmeister nur "anleiten" soll.²³ Wollen sie in eigener Regie Lehrabschlussprüfungen durchführen, reichen sie mit dem Gesuch die entsprechenden Reglementsentwürfe dem BIGA (oder den zuständigen kantonalen Stellen) ein.²⁴ Dass Lehrmeister Inhaber eines Ausweises über die *Berufs- oder höhere Fachprüfung* sein müssen, kann das BIGA nur vorschreiben, wenn der betreffende Berufsverband es beantragt.²⁵ Die Reglemente zu diesen Prüfungen werden von den Berufsverbänden selber aufgestellt und vom BIGA genehmigt.²⁶ Die "eidgenössischen Diplome" beruhen also auf Verbandsnormen.

Beispiel E

Das Elektrizitätsgesetz sieht vor, dass der Bundesrat die Kontrolle der Starkstromanlagen und elektrischen Maschinen einem eidgenössischen Inspektorat überträgt.²⁷ Mit dieser Funktion wurde der Schweizerische Elektrotechnische Verein (SEV) betraut,²⁸ der schon vor Erlass des EIG aus eigener Initiative entsprechende Kontrollen durchführte. Zusätzlich entfaltet der *SEV* eine rege Normungstätigkeit,²⁹ auf die der Staat z.B. in der Schwachstromverordnung zurückgreift:

"Als anerkannte Regeln der Technik im Sinne dieser Bestimmungen gelten die auf Schwachstromanlagen bezüglichen Bestimmungen der jeweils in Kraft stehenden, vom Schweizerischen Elektrotechnischen Verein erlassenen Hausinstallationsvorschriften einschliesslich allfälliger Sondervorschriften für bestimmte Arten von Hausinstallationen, soweit sie vom EVED genehmigt sind."³⁰

Auch die Installationsmaterialien und elektrischen Apparate müssen den *anerkannten Regeln der Technik in Form von SEV-Normen* entsprechen.³¹ Könnten sie Personen gefährden oder störende Fernwirkungen entfalten, ist für ihre Freigabe zum Verkauf das Bestehen einer Typenprüfung Voraussetzung. Zugelassene Artikel sind

23 Art. 17 der V über die Berufsbildung (BBV) (SR 412.101) und Art. 17 Abs. 1 des BBG.

24 BBG Art. 20; Satz 2 bezeichnet die in solchen Reglementen zu ordnenden Materien.

25 Art. 10 Abs. 3 BBG; alle Lehrmeister haben jedoch einen "Ausbildungskurs für Lehrmeister" zu besuchen.

26 Art. 51 BBG. Die im Anschluss an den Lehrabschluss und einige Jahre Praxis bestandene Berufsprüfung weist im typischen Fall die Fähigkeiten und Kenntnisse aus, "um die Stellung eines Vorgesetzten zu bekleiden", die höhere Fachprüfung jene, "um einen Betrieb selbständig zu leiten" (Art. 52 BBG).

27 Art. 21 Ziff. 3 des BG betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (EIG) (SR 734.0).

28 Art. 1 der V über das Eidgenössische Starkstrominspektorat (SR 734.24); ursprünglich BRB vom 23. Januar 1903, Sammlung der eidg. Gesetze und Verordnungen Bd. XIX, 400.

29 1978 z.B. 13 eigene plus 88 internationale Normenblätter, vgl. Jahresbericht SNV, 6.

30 Art. 2 Abs. 2 Satz 3 der V über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Schwachstromanlagen (SR 734.1); analog Art. 120bis der V über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen (StStV) (SR 734.2).

31 Art. 121 Abs. 2 StStV.

durch ein spezielles Sicherheitszeichen zu kennzeichnen.³² Über die prüfpflichtigen Materialien, die Durchführung von Typen(nach)prüfungen, die Erteilung des Sicherheitszeichens und ihre Kostendeckung hat der SEV ein genehmigungspflichtiges Reglement aufzustellen.³³ Dieses *Sicherheitszeichen-Reglement* (SZR)³⁴ verweist seinerseits für die im einzelnen gültigen Prüfungsvorschriften – es geht um Anforderungen an die verschiedenen Gattungen von Materialien, Prüfungsmethoden usw. – auf die *“Vorschriften” des SEV* und legt fest:

“Die Entwürfe dieser *Vorschriften* werden im Einvernehmen mit den interessierten schweizerischen Fachkreisen aufgestellt und im Bulletin des SEV zur Stellungnahme veröffentlicht und nach Behandlung allfälliger Einsprachen dem [heute: EVED] zur Genehmigung vorgelegt. Die genehmigten *Vorschriften* werden dann im Bulletin des SEV nochmals publiziert. Zugleich wird das Datum des Inkrafttretens angegeben. Nachher können sie gegen Bezahlung beim SEV bezogen werden.”³⁵

Damit liegt die Regelung der Sicherheit im elektrotechnischen Bereich materiell, aber auch verfahrensmässig, im wesentlichen in den Händen einer privaten Fachorganisation.

Beispiel F

Die Kontrolle der Motorfahrzeuge obliegt in der Schweiz meist staatlichen Verwaltungsbehörden.³⁶ Bekanntlich ist aber die obligatorische *Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung* (MHV) bei einer privaten, vom Bundesrat dazu ermächtigten Unternehmung abzuschliessen.³⁷ Eine Volksinitiative, welche eine staatliche Haftpflichtversicherung vorsah, wurde vor einigen Jahren abgelehnt.³⁸ Dennoch ist der Wettbewerb beschränkt: Die Versicherungsgesellschaften haben die *Prämientarife* gemeinsam nach neuerdings in Verordnungen festgelegten Grundsätzen zu berechnen und vorzulegen.³⁹ Mit der Genehmigung werden die einheitlichen Prämientarife allgemein – für Versicherungsgesellschaften wie Motorfahrzeughalter – verbindlich,⁴⁰ obwohl sie nicht nach den Regeln des Rechtskraftgesetzes⁴¹ publiziert werden: Die Genehmigungsverfügung wird im Bundesblatt einzig mit dem Nachsatz veröffentlicht, dass der Prämientarif beim zuständigen Bundesamt eingesehen werden kann.⁴²

32 Art. 121bis und 121ter StStV.

33 Art. 121quater Abs. 1 und Art. 121bis Abs. 2 StStV.

34 Reglement für die Prüfung der elektrischen Installationsmaterialien und Apparate sowie für die Erteilung des Sicherheitszeichens (SR 634.231).

35 Art. 7 SZR.

36 Anders in der BRD, wo die privaten Technischen Überwachungsvereine (TÜV) zuständig sind.

37 Art. 63 und 82 des BG über den Strassenverkehr (SVG) (SR 741.01).

38 Mit einem Stimmenverhältnis von ca. 3 : 1 im Juni 1976 (BBl. 1976 III 1153 ff.).

39 Art. 37 des BG betr. die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) (SR 961.01). Massgebend sind die Verordnungen SR 961.25 und SR 961.253.

40 Art. 7 der V über die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung (VMHV) (SR 961.25).

41 SR 170.513.1, vgl. dazu hinten § 6 II D/§ 8 II C.

42 Vgl. z.B. BBl. 1981 III 189.

Beispiel G

Um die Öffentlichkeit vor Gesundheitsschädigungen und Täuschungen zu schützen, hat der Bundesrat Vorschriften zu erlassen über die Anforderungen, die aus polizeilichen Gründen an Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände zu stellen sind.⁴³ Nach Art. 55 LMG legt er auch die “anzuwendenden Untersuchungsmethoden und die Grundsätze in der Beurteilung der Untersuchungsobjekte” fest. Zur Ausführung dieses Auftrages hat der Bundesrat das Schweizerische *Lebensmittelbuch zur amtlichen Sammlung* der anzuwendenden Prüfungsverfahren *erklärt*.⁴⁴ Damit wurden die untersuchenden Labors auf bestimmte Verfahren verpflichtet, über die sich die Produzenten jederzeit orientieren können.⁴⁵ Allerdings regelt die fünfte, von der Kommission zur ständigen Revision des Schweizerischen Lebensmittelbuches⁴⁶ herausgegebene Auflage nur den allgemeinen Teil neu; für den speziellen Teil wurde auf die frühere Auflage verwiesen, die von der zuständigen *Fachorganisation* verantwortet wurde.⁴⁷ In einer jüngeren Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz⁴⁸ wird diese Praxis für unzulässig erklärt: Der Bundesrat habe die entsprechenden Bestimmungen gemäss Art. 55 LMG selber aufzustellen.

Beispiel H

Auf private Normierungen zurückgegriffen wird neuerdings in weitem Mass im BG über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEG).⁴⁹ Technische Einrichtungen und Geräte erfüllen nämlich die *Sicherheitsanforderungen* des Gesetzes⁵⁰ nicht nur, wenn sie den bundesrätlichen Vorschriften über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten⁵¹ bzw. den nach einem Anhörungsverfahren vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) erlassenen Verordnungen entsprechen, sondern auch dann, wenn sie “den Bestimmungen, Normen, Leitsätzen, Richtlinien der Fachorganisationen oder Institutionen, die das EDI nach Anhören

43 Art. 54 Abs. 1 des BG betr. den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen (LMG) (SR 817.0).

44 Vgl. die Art. 1 der BRB vom 6. Juli 1937 und vom 14. Dezember 1964 betr. das Schweizerische Lebensmittelbuch (SR 817.021 und 817.021.1).

45 Das Normenwerk selber ist nicht in der AS publiziert. Art. 2 von SR 817.021.1 sieht die Möglichkeit vor, (noch) nicht aufgeführte Methoden anzuwenden, wenn dem Kontrollierten dazu genaue Hinweise gegeben werden.

46 Eingesetzt aufgrund des BRB betr. Ernennung einer Lebensmittelbuch-Kommission vom 29. September 1944 (SR 817.021.2).

47 Art. 3 von SR 817.021.1.

48 VPB 44.28.

49 SR 819.1.

50 Es wurde vor allem als Grundlage für die Ratifikation des ILO-Übereinkommens 119 bzw. der ILO-Empfehlung 118 erlassen. FORRER, STEG, 60 f.

51 Vgl. die Erlasse in der SR unter Ziff. 832.31.

der Kommission für technische Einrichtungen und Geräte und im Einvernehmen mit dem EVD genehmigt hat" genügen.⁵² Ergibt die Überprüfung durch die erwähnte Kommission, dass solche Bestimmungen die gesetzlichen Sicherheitserfordernisse nicht gewährleisten können,

"schlägt sie [d.h. die Kommission für technische Einrichtungen und Geräte] der Fachorganisation oder Institution eine Änderung oder Ergänzung der Bestimmungen vor. Lässt sich dies nicht erreichen, so unterbreitet die Kommission dem Departement nötigenfalls einen Vorschlag zum Erlass einer Verordnung nach Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b des Gesetzes."⁵³

Aus dieser Regelung geht hervor, dass die staatlichen Behörden nur subsidiär – wo *Verbandsnormen* nicht ausreichen – eigene Normen erlassen. Die Standards der technischen Fachorganisationen sollen vielmehr als Sicherheitsnormen gelten; genehmigt (und im Bundesblatt veröffentlicht)⁵⁴ werden sie allgemein verbindlich.⁵⁵ Es handelt sich allerdings insofern nur um eine bedingte Verbindlichkeit, als die zuständigen Vollzugsorgane Abweichungen bewilligen können, wenn beispielsweise ausländische Sicherheitsvorschriften bereits einen genügenden Schutz gewährleisten.⁵⁶

Beispiel I

Bis zum Inkrafttreten des neuen Unfallversicherungsgesetzes (UVG)⁵⁷ sind zwar nur bestimmte Kategorien von Arbeitnehmern obligatorisch gegen Betriebsunfälle zu versichern.⁵⁸ Anders als bei der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung kann der Versicherungspflichtige seinen Vertragspartner aber nicht auswählen: Die *Schweizerische Unfallversicherungsanstalt* (SUVA) in Luzern besitzt für dieses Geschäft ein rechtliches Monopol.⁵⁹ Sie ist als Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und finanzieller sowie organisatorischer Autonomie ausgestattet. Ihrem Verwaltungsrat,

52 Art. 4 Abs. 1 lit. a–c.

53 Art. 3 Abs. 2 der V über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten (STEV) (SR 819.11).

54 Die nach Art. 8 STEG und Art. 4 Abs. 1 STEV im BBl. zu publizierenden genehmigten Verbandsnormen werden nicht im vollen Wortlaut veröffentlicht. Einer neuen Praxis gemäss (vgl. hinten § 8 II C) wurde beispielsweise für zwei allgemeinverbindlich erklärte SIA-Normen die Genehmigungsverfügung aufgenommen (BBl. 1981 I 729) und eine Erklärung der Bundeskanzlei beigelegt, dass die Texte bei der Kommission für technische Einrichtungen und Geräte eingesehen oder beim SIA bezogen werden können und allgemein verbindlich seien (BBl. 1981 I 730).

55 Art. 4 und 8 STEG; Art. 3 Abs. 3 STEV hält die Allgemeinverbindlichkeit genehmigter Bestimmungen noch ausdrücklich fest.

56 Art. 4 Abs. 2 STEG. Eine solche (dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechende) Lösung besteht nicht im Geltungsbereich des SZR (Beispiel E), was zu auffällig zahlreichen Leserbriefen und Stellungnahmen in der Presse führte (vgl. etwa TA vom 2. April 1982, S. 7).

57 Nach BBl. 1982 I 1376 auf anfangs 1984 zu erwarten. Für den Wortlaut siehe BBl. 1981 I 743.

58 Art. 60 und 60bis des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes (KUVG) (SR 832./BS 281, 319).

59 Art. 60 KUVG, vgl. auch Art. 54 KUVG.

der paritätisch aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zusammengesetzt ist.⁶⁰ standen bisher wichtige *zwingende Regelungsbefugnisse* zu, die über die interne Organisation hinausgehen: Gefahrenklassen, Gefahrenstufen und Prämientarife wurden allein in Luzern aufgestellt⁶¹ und ergingen nicht im üblichen Verfahren der Verordnungsgebung.⁶² Unter der Herrschaft des UVG hat sich die SUVA dann mit Konkurrenz abzufinden.⁶³

Beispiel K

Weitreichende Interventionsmassnahmen kennzeichnen die schweizerische Landwirtschaftspolitik aufgrund von Art. 31bis Abs. 3 lit. b BV. Bei der Durchführung der Interventionen kommt den landwirtschaftlichen Organisationen eine bedeutende Rolle zu. Sie treten als private Verbände, in der Form von Genossenschaften, dann aber auch als Handelsgesellschaften auf und stehen gemäss Art. 120 Abs. 2 des Landwirtschaftsgesetzes⁶⁴ unter staatlicher Aufsicht. Einige dieser Organisationen legen, zusätzlich zu ihren Vollzugsaufgaben, innerhalb bestimmter Rahmen Preise fest: So die Schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung (GSF),⁶⁵ die Schweizerische Zentralstelle für Butterversorgung BUTYRA⁶⁶ und die gemeinsame Organisation für den Käsegrosshandel "Schweizerische Käseunion AG/Schweizerische Käsekonvention".⁶⁷

Besonders umfangreich sind die Befugnisse der Verbände in der Milchwirtschaft. Für die sehr weitgehende Produktionslenkung in diesem Bereich ist der Bund auf die Kooperation der Betroffenen angewiesen. Die V über die Verwertung der Verkehrsmilch⁶⁸ regelt die Kompetenzen des *Zentralverbandes schweizerischer Milchproduzenten* (ZVSM), seiner Sektionen und anderer milchwirtschaftlicher Kreise und erklärt in Art. 2 Abs. 2 die vom ZVSM und seinen Sektionen "im Rahmen dieser Verordnung erteilten Weisungen und getroffenen Anordnungen" allgemeinverbindlich, d.h. gültig auch gegenüber Nichtgenossenschaftern.⁶⁹ Beispiele solcher *verbindlicher Regelungen* sind die "Anordnungen über die individuelle, abgestufte

60 Art. 43 KUVG.

61 Art. 44 Abs. 1 lit. d KUVG.

62 Art. 47 KUVG hält fest, dass Berufsverbände z.B. beim Aufstellen der Tarife anzuhören sind. – Kein Genehmigungsvorbehalt, keine richterliche Überprüfung (VPB 40.48).

63 Art. 58 UVG.

64 BG über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (LwG) (SR 910.1).

65 Art. 3 des BRB über die Einfuhr und Verwertung von Schafen und Ziegen zum Schlachten sowie von Fleisch solcher Tiere (SR 916.342).

66 Art. 23 der V über die BUTYRA, Schweizerische Zentralstelle für die Butterversorgung (SR 916.357.1).

67 Art. 6 des BG über die Käsevermarktung (Käsemarktordnung/KMO) (SR 916.356.0).

68 VmV (SR 916.353.1). Vgl. auch Art. 55 Abs. 2 des Milchbeschlusses (MB, SR 916.350).

69 Ein Organisationszwang besteht nicht, vgl. SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 135; der Organisationsgrad ist aber sehr hoch.

Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen", erlassen vom ZVSM entsprechend den Beschlüssen der Delegiertenversammlung und genehmigt vom EVD,⁷⁰ oder die "Technischen Vorschriften über die Durchführung der individuellen, abgestuften Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen"⁷¹ des ZVSM. Das sehr grundsätzlich gehaltene Schweizerische "Milchlieferungsregulativ"⁷² wird jeweils im Einvernehmen mit dem ZVSM und dem Schweizerischen Milchkäuferverband (und vorbehaltlich der Genehmigung durch den Bundesrat) von der Schweizerischen Milchkommission aufgestellt, in der Wissenschaft, Produzenten, Verarbeiter, Vermittler und Konsumenten vertreten sind.⁷³

Die Käsemarktordnung zieht zur Erfüllung der im Gesetz genannten Aufgaben einerseits den ZVSM heran und andererseits eine spezielle "gemeinsame Organisation für den Käsegrosshandel", die bereits erwähnte *Schweizerische Käseunion AG/Schweizerische Käsekonvention*.⁷⁴ Diese als Kartell zu qualifizierende Doppelgesellschaft,⁷⁵ in der der ZVSM, der Schweizerische Milchkäuferverband, der Verband Schweizerischer Käseexporteure und die Firmen des Käsegrosshandels unter Mitwirkung des Bundes vertreten sind, stellt in *Reglementen* die Bedingungen für die Mitgliedschaft in der Käseunion, die Grundsätze der Warenzuteilung und der Vermarktung usw. auf.⁷⁶ So werden Marktmechanismen aufgehoben und Preise sowie Absatz und ganz allgemein die konkrete Regelung der Interventionsmassnahmen den Beteiligten überlassen.

Beispiel L

In der Konjunktur- und Währungspolitik des Bundes spielt die *Nationalbank* eine wichtige Rolle. Da sie ausschliesslich im öffentlichen Interesse tätig, aber gleichzeitig von der Regierung möglichst unabhängig sein soll, wurde sie als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des Bundesrechts organisiert.⁷⁷ Etwa drei Viertel ihrer

70 SR 916.351.211. Ebenfalls vom ZVSM erlassen und vom EVD genehmigt sind SR 916.350.181.15 betr. Rückerstattung von Magermilch-Höherbewertung und SR 916.350.181.13 betr. Ersatz nichtüberwältzter Milchgrundpreiserhöhungen an die Käsefabrikanten. Vom ZVSM nach Genehmigung durch die Delegiertenversammlung und im Einvernehmen mit dem Schweizerischen Milchkäuferverband (Käser) erlassen ist SR 916.351.31 betr. Rahmlieferung für Milchzentrifugenrahm.

71 SR 916.351.22.

72 SR 916.351.3.

73 Art. 59 LwG in Kombination mit Art. 3 des Beschlusses der Bundesversammlung über Milch, Milchprodukte und Speisefette (Milchbeschluss/MB) (SR 916.350).

74 Art. 1 Abs. 2 KMO.

75 Nach aussen Rechtsform der AG, nach innen einfache Gesellschaft, vgl. SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 138. Die Mitgliedschaft richtet sich nach dem Reglement der Schweizerischen Käseunion, das vom Bundesrat genehmigt wurde (SR 916.356.02).

76 Aufgrund von Art. 2, 5 und 6 KMO; die Reglemente sind nur zum Teil in der AS publiziert, vgl. etwa SR 916.356.02 (Warenzuteilung).

77 So SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 272; vgl. auch hinten § 3 II A.2.

Aktien liegen in öffentlichen Händen (Kantone, Anstalten und Körperschaften), ohne dass der Bund direkt beteiligt wäre, und der Rest bei Privaten.⁷⁸ Der Einfluss der Aktionäre ist allerdings im Vergleich zu jenem des Bundesrats unwesentlich. Das diffizile Gleichgewicht zwischen Unabhängigkeit und Zusammenarbeit wird im revidierten Nationalbankgesetz folgendermassen umschrieben:

“Bundesrat und Nationalbank unterrichten sich vor Entscheidungen von wesentlicher konjunkturpolitischer und monetärer Bedeutung über ihre Absichten und stimmen ihre Massnahmen aufeinander ab.”⁷⁹

Diese Massnahmen, das sogenannte Notenbankinstrumentarium, konnten mit der Annahme des Konjunkturartikels der BV im Jahre 1978 ins ordentliche Recht übergeführt werden. Der Vollzug der Massnahmen liegt bei der Nationalbank, der auch übertragen wurde, einen Teil der *Ausführungsbestimmungen* zu erlassen.⁸⁰ Die Möglichkeit, *Gentlemen's Agreements* zwischen der Nationalbank und einer Mehrheit der Banken allgemeinverbindlich zu erklären, die der notrechtliche Währungsbeschluss von 1971/77⁸¹ enthielt, findet sich im NBG nicht mehr, da sich diese freiwilligen Vereinbarungen nicht bewährten.⁸²

Beispiel M

Im Bankenwesen wurden zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben neben der Nationalbank zusätzliche spezielle Strukturen geschaffen. So wird ein Teil der *Ausführungsvorschriften* zum BG über die Banken und Sparkassen⁸³ sowie zum BG über die Anlagefonds⁸⁴ durch die Eidgenössische *Bankenkommission* erlassen,⁸⁵ die im wesentlichen die Aufsicht über die Geldinstitute wahrnimmt. Die Bankenkommission kann in bestimmten Fällen in ihren Erlassen auch Abweichungen von Gesetz und Verordnung statuieren.⁸⁶ Ihre Regelungen sind ausser in der Gesetzessammlung auch im SHAB zu veröffentlichen.⁸⁷

78 SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 272.

79 Art. 2 Abs. 2 des BG über die Schweizerische Nationalbank (NBG) (SR 951.11). Zum Handlungsspielraum der Nationalbank und ihrer “Unabhängigkeit” vgl. G. SCHMID, Nationalbank, 396 ff. und 399 ff.

80 Vgl. Art. 16i Abs. 2 NBG.

81 Art. 1 Abs. 2 (AS 1978, 1436). Zum Steuerungsinstrument des Typs “Vereinbarung” vgl. neuerdings die Abhandlung von MERZ, Notenbankpolitik.

82 BOTSCHAFT NBG, 801.

83 BankG (SR 952.0).

84 AFG (SR 951.31).

85 Vgl. die V über die unselbständigen Niederlassungen ausländischer Banken in der Schweiz (SR 952.11), das Reglement über die Abgrenzung des Tätigkeitsgebietes der von der Eidg. Bankenkommission anerkannten Revisionsstellen (SR 952.711) und den Tarif für die Kosten der Revision von Banken und Anlagefonds (SR 952.715).

86 Art. 5 Abs. 2 AFG.

87 Art. 8 Abs. 1 des Reglements über die Organisation und Geschäftsführung der Eidgenössischen Bankenkommission (SR 952.721).

2. Kapitel:

Eingrenzungen

§ 3 Staatliche und nicht-staatliche Kompetenzträger

I. Die Abgrenzung im allgemeinen

A. Die Schwierigkeit, ein praktikables Abgrenzungskriterium zu finden

In der Übersicht des ersten Kapitels sind sehr verschiedenartige Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung erwähnt. Einige davon lassen sich klar im privaten Bereich ansiedeln oder weisen umgekehrt eine grosse Nähe zum Staat auf; andere liegen in einem Übergangsbereich. Bei der notwendigen Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes ist es nicht möglich, sich auf eine allgemein anerkannte, eindeutige Unterscheidung des staatlichen Bereiches vom parastaatlichen oder privaten zu stützen. Denn die Verflechtung zwischen "Staat" und "Wirtschaft" oder "Gesellschaft" schafft aufgrund der vielfältigen Kooperationsmuster fließende Übergänge. Dadurch hat die Grenzziehung nur noch im Zusammenhang mit bestimmten konkreten Fragestellungen einen Sinn. Welche Träger von Rechtsetzungskompetenzen in dieser Arbeit – für politische Fragestellungen z.B. könnte sich eine andere Entscheidung aufdrängen – als nicht-staatliche oder eben "private" behandelt werden sollen, legt dieser Abschnitt dar.

Für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bestehen im modernen Staat neben der hierarchisch gegliederten Zentralverwaltung verschiedene "dezentralisierte" Organisationsformen. Die Rechtswissenschaft versucht, ihre Vielfalt zu ordnen, dogmatisch zu erfassen und zu begründen. Üblicherweise werden öffentlich-rechtliche Anstalten und Stiftungen, öffentlich-rechtliche Körperschaften, gemischtwirtschaftliche Unternehmungen und schliesslich private Organisationen mit öffentlichen Aufgaben unterschieden.¹ Wo soll nun für eine Untersuchung über ausgelagerte Rechtsetzungsbefugnisse die Grenze zum staatlichen Bereich gezogen werden? Die Frage ist nicht ohne weitere Überlegungen zu beantworten, weil gerade in diesen dezentralisierten Verwaltungsträgern "Staat" und "Private" häufig zusammenarbeiten.

Bei den öffentlich-rechtlich organisierten Gebilden wird nach rechtlich "selbständigen" und "unselbständigen",² nach mitgliedschaftlich und herrschaftlich aufgebauten sowie nach dem Grad der Autonomie differenziert.³ Mit Hilfe dieser

1 GRISEL, *Droit administratif*, 115 ff. und 143 ff.; IMBODEN/RHINOW, *Verwaltungsrechtssprechung*, Nr. 137; KNAPP, *Précis*, Nr. 1312 ff.

2 Zur Diskussion steht die (nicht) vorhandene Rechtspersönlichkeit. Zur Unterscheidung "autonomer" und "selbständiger" Gebilde vgl. KNAPP, *Précis*, Nr. 1379 ff.

3 FLEINER-GERSTER, *Verwaltungsrecht*, 409 ff.; IMBODEN/RHINOW, *Verwaltungsrechtssprechung*, Nr. 137 B.VI.

Kriterien liesse sich eine Skala erstellen, die über das Mass der Integration in den engeren staatlichen Bereich Auskunft gibt. An die Endpunkte kämen einerseits – staatsnah – die (herrschaftlich organisierte) Anstalt ohne Rechtspersönlichkeit und mit geringer Autonomie und anderseits – relativ staatsfern – die (mitgliedschaftlich aufgebaute) Genossenschaft, bei der Rechtsfähigkeit und Selbstbestimmung der Mitglieder innerhalb des gesetzlichen Rahmens Wesensmerkmale sind. Im Vergleich zu den Anstalten stellen die öffentlich-rechtlichen Genossenschaften eine weit stärker dezentralisierte Form der Verwaltung dar. Bei ihnen nehmen die “Verwalteten” selbst an der Administration teil und gestalten die Einrichtungen mit. Sie sind dadurch nicht mehr wie Anstaltsbenützer “Verwaltungs-Unterworfenen”, sondern selber Träger staatlicher Gewalt.⁴ Öffentlich-rechtliche Genossenschaften sind meist als Selbsthilfeorganisationen bestimmter Gruppen konzipiert, deren Zwecke *auch* im öffentlichen Interesse liegt. Aus dem rechtssoziologischen Blickwinkel könnten daher öffentlich-rechtliche Genossenschaften zum privaten Bereich gerechnet werden.

In der Praxis kommen häufig atypische Mischformen vor, die eine Zuordnung und Grenzziehung aufgrund der Rechtsform schwierig machen.⁵ Die Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Genossenschaft BUTYRA z.B. widerspricht wichtigen körperschaftlichen Prinzipien und im besonderen der Idee der Selbstverwaltung: Der Anteil der Genossenschafter an der Willensbildung ist von untergeordneter Bedeutung.⁶ In der selbständigen und autonomen Anstalt SUVA (Beispiel I) besteht dagegen, wie wir bereits gesehen haben, ein aus Interessenvertretern gebildeter Verwaltungsrat mit wichtigen Entscheidungskompetenzen; damit regeln die betroffenen privaten Kreise im wesentlichen die Unfallversicherung selber. Die öffentlich-rechtliche Genossenschaft mit Anstaltscharakter und die Anstalt mit körperschaftlichen Elementen sind Beispiele für die Typenvermischung bei ausgelagerten Verwaltungsträgern, die darauf zurückzuführen ist, dass solche Gebilde für besondere Zwecke massgeschneidert werden.⁷ Sie sollen zeigen, dass die Grenze zwischen dem staatlichen und halbstaatlichen oder privaten Bereich nicht einfach und eindeutig zu ziehen ist:⁸ Man kann z.B. – je nach dem Kriterium, dem man

4 IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 137 B.II.

5 KNAPP, Précis, Nr. 1392 ff.

6 STOCKER, Butyra, 74 f. und 90. Der Autor bemerkt dazu, dass die aus rechtlicher Sicht angemessenere Form der Anstalt im Landwirtschaftsbereich auf politischen Widerstand gestossen wäre.

7 KNAPP, Précis, Nr. 1395. Vgl. die differenzierte Typologie bei SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, Erster Teil.

8 Überzeugend SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, 92, der formuliert: “Öffentlichkeitsstatus als Frage der Abstufung, nicht der Bereichsabgrenzung”; entsprechend ordnet er die Organisationen auf einer *Skala* mit den Endpunkten “privat” und “staatlich” ein (93 ff.). Zum Begriff der “öffentlichen Unternehmung” differenzierend P.R. MÜLLER, Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, 158 ff.

Zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Bereich siehe auch LENDI/NEF, Erfüllung, 26 f., die den Begriff “privat” für fragwürdig halten, weil der Begriff “öffentlich” nicht fassbar sei. ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, insbesondere Teil II: Kap. 3,8.

die ausschlaggebende Bedeutung bemisst — mit guten Gründen darüber verschiedener Meinung sein, ob die SUVA bzw. BUTYRA als staatliche Organisation verstanden werden soll oder nicht. Wie aber ist das entscheidende Kriterium zu wählen, zu bestimmen?

Stellt man auf die Form der Träger von Rechtsetzungsbefugnissen ab, z.B. auf die Unterteilung zwischen den Typen Anstalt und Körperschaft oder ihre öffentlich- bzw. privatrechtliche Natur, bereiten die erwähnten Mischformen Probleme. Das rechtliche Kleid kann ja die tatsächlichen Entscheidungsstrukturen des daruntersteckenden Rechtskörpers verdecken: Unter dem Kleid einer öffentlichen Anstalt liegen bei der SUVA wichtige Regelungsbefugnisse bei Verbandsvertretern; unter dem Kleid eines privatrechtlichen Vereins besitzt bei der CARBURA der formell nicht zum Vorstand gehörende Bundesvertreter faktisch ein Vetorecht.⁹ Die effektiven Entscheidungskompetenzen und -muster aller ausgelagerten Träger von Rechtsetzungsbefugnissen zu untersuchen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen;¹⁰ die Rechtsform oder Organisationsstruktur ergibt daher kein praktikables Abgrenzungskriterium.

Ebenso wenig helfen zwei andere Charakteristika weiter: Im Zusammenhang mit Regelungskompetenzen kommt sicher der Rechtspersönlichkeit bzw. ihrem Fehlen keine wesentliche Bedeutung zu; sie hat die privatrechtliche Gestaltungsfreiheit und Verantwortung zum Gegenstand, in deren Bereich die Rechtsetzung gerade nicht fällt. Zur Abgrenzung kann auch der Autonomiegrad nicht dienen: Er hängt einerseits von der Ausgestaltung der oben bereits ausgeschiedenen Entscheidungsstrukturen ab und lässt sich andererseits an den Kompetenzen messen; Rechtsetzungskompetenzen weisen von vornherein auf eine relativ grosse Autonomie hin. Hier hätten wir es demnach mit einem Zirkelschluss zu tun.

Die Zuordnung von Kompetenzträgern zum privaten bzw. öffentlichen Bereich bereitet also grosse Schwierigkeiten. Gerade in dezentralisierten Organisationsformen finden wir starke Verflechtungen, die nicht einfach zu entwirren sind. Wir finden Mischformen, deren Plazierung auf einer Skala ebenfalls nicht ohne weiteres — d.h. nicht ohne eingehende sozialwissenschaftliche Untersuchung — möglich ist. Weil die Zuordnung der Kompetenzträger nicht die Hauptfrage dieser Arbeit ist, sondern nur eine Vorfrage, rechtfertigt es sich, statt differenzierenden Einteilungen ein absolutes Abgrenzungskriterium zu wählen.¹¹

9 Was ist und tut die Carbura? Zürich, 18. März 1974/14. März 1979, S. 3.

10 Vor allem in methodischer Hinsicht.

11 Vgl. aber P.R. MÜLLER, Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, und SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten.

B. Die Rechtsgrundlage des Kompetenzträgers als Abgrenzungskriterium

Die Rechtsform des Trägers von Rechtsetzungskompetenzen wurde für die Eingrenzung als untauglich verworfen. Besser geeignet erscheint für die Zuordnung zum privaten oder staatlichen Bereich bei der vorliegenden Fragestellung die Rechtsgrundlage des rechtsetzenden Organs. Nicht behandelt werden sollen nämlich mit Regelungskompetenzen ausgestattete Gebilde, deren konkrete Existenz auf einem staatlichen Entscheid (d.h. auf einem Gesetz, einer Verordnung oder einem Verwaltungsakt) beruht, der ihre Tätigkeit, ihre interne Organisation und Willensbildung im wesentlichen bestimmt. Die Wahl dieses Unterscheidungsmerkmals lässt sich unter zwei Aspekten begründen: Zum einen leistet das Kriterium der öffentlich- bzw. privatrechtlichen Grundlage einer Organisation mit Rechtsetzungsbefugnissen eine wesentliche Funktion in der Abgrenzung: Es macht eine Aussage darüber, wer primär über Ziel und Zweck der Organisation sowie ihre internen Willensbildungsmuster entscheidet. Zum andern ist die Rechtsgrundlage der in Betracht fallenden Organisationen relativ einfach festzustellen; es drängt sich auch nicht auf, neben den formalen die tatsächlichen Gegebenheiten näher zu erforschen. So legt z.B. das KUVG fest, dass (noch) eine einzige Anstalt für die Versicherung der dem Gesetz unterstellten Arbeitnehmer gegen Unfall zuständig sei (Beispiel I). Es regelt grundsätzlich die Organisation dieser Anstalt, eben der SUVA, und stellt den Rahmen für deren Tätigkeit auf. Die SUVA bleibt auch zukünftig in allen ihren Aktivitäten an das Gesetz – dann das UVG – und die Ausführungserlasse gebunden; sie wird insbesondere weder ihren Zweck abändern, noch den Kreis der Versicherten erweitern oder die Organstruktur in eigener Regie modifizieren können. Dagegen ist beispielsweise der SEV (Beispiel E) frei, seine Ziele jederzeit innerhalb der Schranken der Rechtsordnung neu zu formulieren, andere Aufgaben zu übernehmen oder sich unter Berücksichtigung der vereinsrechtlichen Vorschriften des ZGB neue Statuten zu geben. Welches Organ für den Erlass des Sicherheitszeichen-Reglements zuständig sein soll – die Generalversammlung, der Vorstand oder eine Fachkommission –, richtet sich nach den internen Vorschriften des SEV; im Falle der SUVA hält jedoch das Gesetz fest, welches Organ Regelungsbefugnisse wahrnimmt und welche Materien von ihm zu regeln sind.

Damit sind nur einzelne Punkte erwähnt, bei denen die Diskussion über die Besonderheiten der ausgelagerten Rechtsetzung anknüpfen wird. Vorerst sind nun aufgrund der allgemein vorgenommenen Eingrenzung die im ersten Kapitel aufgeführten Normsetzer dem staatlichen bzw. privaten Bereich zuzuordnen.

II. Die Zuordnung der Kompetenzträger zum staatlichen oder privaten Bereich

A. Der ausgeklammerte staatliche Bereich

1. Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften

Das Kriterium "Rechtsgrundlage" erlaubt, die öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften eindeutig dem staatlichen Bereich zuzuordnen und damit von der weiteren Untersuchung auszuschliessen. Diese Organisationen bedürfen nämlich in jedem Fall einer gesetzlichen Grundlage¹² und beruhen damit auf einem staatlichen Entscheid. Die Regelungskompetenzen von Anstalten und Genossenschaften öffentlichen Rechts, die zum Teil sehr umfangreich sind,¹³ werfen interessante Fragen auf.¹⁴ Sie erfordern und verdienen aber eine gesonderte Behandlung, die auf ihre öffentlich-rechtliche Verankerung Bezug nimmt.

Mit dem Ausschluss der öffentlich-rechtlichen Anstalten¹⁵ und Körperschaften fallen zwei der im ersten Kapitel genannten Beispiele ausser Betracht: Die Regelungsbefugnisse der SUVA (Beispiel I), einer Anstalt, und der BUTYRA (Beispiel K), einer öffentlich-rechtlichen Genossenschaft, sind nicht näher unter die Lupe zu nehmen. Ihre Existenz gründet auf dem KUVG/UVG¹⁶ bzw. dem Milchbeschluss und der speziellen ausführenden Verordnung,¹⁷ die den beiden Gebilden ihre Gestalt geben und ihre Aufgaben zuweisen.

12 GRISEL, Droit administratif, 105. VPB 39.1, S. 4, präzisiert, dass öffentlich-rechtliche Organe des Bundes "nur durch Gesetz oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss, nicht aber durch Bundesratsbeschluss errichtet" werden können, wie schon in BBl. 1956 I 951 festgestellt sei. Siehe dazu neuerdings die BOTSCHAFT GGF, insbes. 105 f.

13 Die zahlreichen Erlasse der Eidgenössischen Technischen Hochschule (einer unselbständigen, aber autonomen Anstalt) sind seit einiger Zeit systematisch gesammelt und in mehreren Ordnern auf über 2500 Seiten publiziert.

14 Vgl. etwa die Besonderheit bezüglich richterlicher Überprüfungsbefugnis bei der SUVA (Beispiel I): VPB 40.48.

15 Keine öffentlich-rechtliche, sondern eine Stiftung (= Anstalt) in privatrechtlicher Form (Stiftungsurkunde vom 1. August 1952) ist der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (NF). Die Behandlung seiner vom Bundesrat zu genehmigenden Reglemente kann hier ausgeschlossen werden, weil die Gründung durch die schweizerischen wissenschaftlichen Dachgesellschaften abhängig gemacht wurde vom Engagement des Bundes und weil die Grundzüge der Tätigkeit des NF durch die finanziellen Beiträge des Bundes und die weit über die privatrechtliche Stiftungsaufsicht (Art. 84 ZGB) hinausgehende Kontrolle durch Bundesrat und Parlament geprägt sind (Beispiel: die Einführung und Wahl der sog. "Nationalen Programme"); vgl. dazu BOTSCHAFT des Bundesrates betreffend Gewährung von Bundesbeiträgen an die Stiftung "Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung" vom 26. Oktober 1951 (BBl. 1951 III 385–435, insbes. 428 ff.), den Bundesbeschluss vom 21. März 1952 und spätere für die jeweilige Beitragsperiode oder den Bericht über den Gründungsakt in NZZ vom 2. August 1952 (Nr. 1672).

16 Art. 41 ff. KUVG bzw. Art. 61 ff. UVG.

17 Art. 15 ff. MB und die V vom 25. Oktober 1960 über die BUTYRA, Schweizerische Zentralstelle für Buttersversorgung (SR 916.357.1).

2. Die Schweizerische Nationalbank im besonderen

Die rechtliche Qualifizierung der Schweizerischen Nationalbank (Beispiel L) wird vermutlich noch längere Zeit Anlass zu gelehrten Disputationen geben, da auch die jüngste Revision des NBG diese Frage nicht geklärt hat. Weil in dieser Untersuchung für die Abgrenzung nicht die Rechtsform von Belang ist, braucht es keine Entscheidung für eine der verschiedenen Lehrmeinungen¹⁸ oder gar eine eigene Lösung zur zusätzlichen Verwirrung der Lage. Es genügt hier, darauf abzustellen, dass das Gesetz¹⁹ die Gründung der Nationalbank vorsieht,²⁰ ihre Ausgestaltung regelt und ihre Befugnisse abschliessend aufzählt. Sie ist deshalb trotz verschiedener privater Elemente dem staatlichen Bereich zuzuordnen.²¹

3. Kommissionen

Von den zahlreichen ausserparlamentarischen Kommissionen haben nur vereinzelte Rechtsetzungsbefugnisse;²² es überwiegen bei weitem Kommissionen mit beratenden, verwaltenden oder rechtsprechenden Funktionen.²³ Solche Kollegialorgane setzen sich teilweise oder auch ganz aus privaten Personen zusammen, die oft ganz bestimmte private Interessen vertreten sollen. Eine selbständige Existenz ausser-

18 PETER NOBEL, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979, nennt und dokumentiert auf S. 48 die Varianten Anstalt, Anstalt mit korporativen Elementen, Körperschaft und juristische Person sui generis. Während er sich "am ehesten" (S. 48, Anm. 11) für die "Anstalt mit korporativen Elementen" (KLEINER) entscheiden könnte, ist nach der Ansicht von LEO SCHÜRMANN, Nationalbankgesetz und Ausführungserlasse, Kommentar und Textausgabe, Bern 1980, S. 20, die Nationalbank eine Körperschaft, weil sie mit den Aktionären Mitglieder hat. (Die Qualifizierung als Anstalt durch das Bundesgericht in BGE 101 Ib 338 bezieht sich nur auf die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 98 lit. d OG.) KNAPP, Précis, Nr. 1412, bezeichnet sie als eine "corporation particulière de droit public s'inspirant des règles de la société anonyme".

19 Art. 1 ff. NBG.

20 Art. 38 Ziff. 6 NBG weist jedoch die Kompetenz zur Auflösung der Nationalbank der Generalversammlung der Aktionäre zu, zu denen der Bund nicht gehört.

21 So auch MERZ, Notenbankpolitik, 37 f., für den die Nationalbank eine Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts darstellt, und G. SCHMID, Nationalbank, 393 ff., der sie "vorwiegend als Gebilde des öffentlichen Rechts" (395) betrachtet wissen will.

22 ARNOLD, Kommissionen, 58, meint, die Erlasse der Bankenkommision etwa kämen (nur) "nahe" an Vollziehungsverordnungen heran; genehmigungsbedürftige Rechtsetzungsbefugnisse hätten einige Behördenkommissionen beim Erlass ihrer Reglemente. – Zur Möglichkeit, Kommissionen des *Parlements* mit einem Verordnungsrecht auszustatten, wie es das italienische Recht vorsieht, äusserte sich die Studienkommission der eidgenössischen Räte "Zukunft des *Parlements*" in ihrem Schlussbericht (BBl. 1978 II 996 ff.) negativ; eingehend MEIER, Kooperation, 161 ff., und insbesondere URS WILHELM KAMBER, Die Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen vom Parlament auf Parlamentskommissionen, Basler Diss. 1978.

23 Vgl. dazu die Untersuchung von RAIMUND GERMANN (unter Mitarbeit von ANDREAS FRUTIGER), Ausserparlamentarische Kommissionen: Die Milizverwaltung des Bundes, Bern 1981, sowie die Beispiele bei KNAPP, Précis, Nr. 1543. Für die BRD: SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, 262 ff. und 269 ff.

halb des vom öffentlichen Recht²⁴ gegebenen Rahmens haben Kommissionen, die grundsätzlich keine Rechtspersönlichkeit aufweisen, jedoch nicht. In organisatorischer Hinsicht unterstehen sie häufig Spezialbestimmungen, die sie nur zum Teil in die Verwaltungshierarchie eingliedern und ihre Stellung als Sonderbehörden²⁵ näher ausgestalten.

Kommissionen mit Rechtsetzungskompetenzen sind also dem staatlichen Bereich zuzurechnen.²⁶ Daher werden in den weiteren Ausführungen die Erlasse der Schweizerischen Milchkommission²⁷ (Beispiel K) und der Eidgenössischen Bankenkommision²⁸ (Beispiel M) nicht mehr berücksichtigt.

B. Der behandelte private Bereich

Zum privaten Bereich zu zählen sind aufgrund des gewählten Abgrenzungskriteriums alle nach Zivilrecht gegründeten und organisierten Träger von Rechtsetzungskompetenzen. Sie bestimmen ihre Zwecke und Tätigkeitsbereiche, ihre Organstruktur und Willensbildungsmuster innerhalb des gesetzlichen Rahmens selber. Vor allem übernehmen sie neben den öffentlichen Funktionen normalerweise zusätzliche Aufgaben, deren Erfüllung nur im Interesse ihrer Mitglieder liegt. Diese können z.B. wirtschaftlicher, sozialer, berufspolitischer oder -bildender Art sein.

Einige der privaten Kompetenzträger werden im 2. Teil (§ 5) näher vorgestellt. In einer vorläufigen Gruppierung können Fachorganisationen und Berufsverbände (Beispiele B, D, E, G, H, K) – meist als Vereine konstituiert –, “Selbsthilfeorganisationen” in Form von Genossenschaften wie SUIA oder ZVSM (Beispiele G und K) und Erwerbsgesellschaften (Beispiele F, K) unterschieden werden. Sie werden in dieser Arbeit als Private betrachtet, auch wenn sich ihr Charakter durch die Ausübung öffentlicher Funktionen teilweise verändert hat.

§ 4 Erste Eingrenzung des Rechtsetzungsbegriffs

Unter Rechtsetzung wird im allgemeinen das Aufstellen generell-abstrakter Normen verstanden, die den Bürger verpflichten bzw. berechtigen oder Organisatorisches und Verfahren festlegen.¹ Neuerdings begegnet diese Definition wohlbegründeter

24 Für die Einsetzung beratender Kommissionen ist Art. 52 des BG über die Organisation und Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung (VwOG) (SR 172.010) zu beachten; Kommissionen mit Entscheidungskompetenzen bedürfen einer Grundlage im Gesetz, das die entsprechende Materie ordnet, ARNOLD, Kommissionen, 8 und 10.

25 ARNOLD, Kommissionen, 60. KNAPP, Précis, Nr. 1541/2 und 1544/5.

26 KNAPP, Précis, Nr. 1542.

27 Grundlage in Art. 4 LwG.

28 Art. 23 ff. BankG.

1 Art. 5 Abs. 2 des Geschäftsverkehrsgesetzes (GVG) (SR 171.11).

methodischer Kritik. Da sie sich auch für den Zweck dieser Untersuchung nicht vorbehaltlos eignet, wird im 3. Teil dieser Arbeit² eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Rechtsetzungsbegriff notwendig sein. An dieser Stelle soll nur eine weitmaschige Eingrenzung vorgenommen werden.

I. Private im Vorverfahren der Gesetzgebung

Über den Einfluss der privaten Interessengruppen auf die Gesetzgebung wird z.B. unter dem Schlagwort "Rechtsetzung durch die Verbände" immer wieder gesprochen und geschrieben. In institutionalisierter Form wird er vor allem in Expertenkommissionen und im Vernehmlassungsverfahren ausgeübt. Die Drohung, das Referendum zu ergreifen, ist dabei ein starkes Pressionsmittel;³ oft erscheinen Vorlagen dadurch im Parlament kaum mehr wesentlich veränderbar. Die breite politische Abstützung der Gesetzgebung bereits im Vorverfahren wurde durch die Annahme der Wirtschaftsartikel im Jahre 1947, mit denen der Übergang zum Interventions- und Leistungsstaat markiert wurde, mit dem Anhörungsrecht der Wirtschaftsorganisationen von Art. 32 Abs. 3 BV auch zur Rechtspflicht.⁴ In der Folge wurde das Vernehmlassungsverfahren auf die Rechtsetzungsprojekte in sämtlichen Bereichen ausgedehnt und auch bei wichtigen Verordnungen zur Regel.⁵

Verschiedene Autoren haben die Einflüsse organisierter privater Interessen bei der staatlichen Willensbildung untersucht,⁶ weil in der Demokratie die Frage nach der effektiven⁷ Verteilung von Macht im politischen Prozess zentral ist.

² Hinten § 8.

³ NEIDHART, Plebiszit, 278 ff., kommt zum Schluss, dass die Referendumsdrohung seit den Fünfzigerjahren mit dem Einbezug aller wichtigen Parteien in die Regierung "plebiszitäre Nachentscheidungen", eben fakultative Referendumsabstimmungen, an Bedeutung verlieren liess. AUER/DELLEY, Référendum, zeigen, dass seit einigen Jahren das Referendum als Instrument von Gruppen, die an der vorparlamentarischen Kompromissuche nicht beteiligt sind, eine Renaissance erlebt.

⁴ Vernehmlassungen u.ä. waren schon "seit jeher von Fall zu Fall" – also auf freiwilliger Basis – üblich, vgl. BOTSCHAFT WA I, 896.

⁵ Vgl. Ziff. 24 ff. der Richtlinien über das Vorverfahren der Gesetzgebung (BBl. 1970 I 993) (RL-VV).

⁶ Vgl. etwa BEAT ALEXANDER JENNY, Interessenpolitik und Demokratie in der Schweiz, dargestellt am Beispiel der Emser Vorlage, Basler Diss. 1966; GERHARD KOCHER, Verbandseinfluss auf die Gesetzgebung; Ärzteverbindung, Krankenkassenverbände und die Teilrevision 1964 des KUVG, Berner Diss. 1967; MAX FLÜCKIGER, Die Anhörung der Kantone und Verbände im Gesetzgebungsverfahren, Berner Diss. 1968; KARL MEYER, Verbände und Demokratie in der Schweiz, Olten 1968; LEONHARD NEIDHART, Plebiszit und pluralitäre Demokratie, Bern 1970; HANS WERDER, Die Bedeutung der Volksinitiative in der Nachkriegszeit, Bern 1978; HANSPETER KRIESI, Entscheidungsstrukturen und Entscheidungsprozesse in der Schweizer Politik, Frankfurt 1980.

Zu den rechtlichen Aspekten GROSSEN, Travaux préliminaires.

⁷ Vgl. zur politischen Bedeutung auch GIGER, Mitwirkung, 145 f.; ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen, 23.

Für diese Untersuchung soll allerdings auf die Behandlung des ganzen Fragenkomplexes "Vorverfahren der Gesetzgebung" verzichtet werden. Anhörungsrechte, wie sie etwa im Beispiel D für den Bereich der Berufsbildung als wichtig hervorgehoben wurden, werden nicht zur Rechtsetzung gezählt. Soweit Private "nur" Funktionen im "Vorfeld der politischen Entscheidungszuständigkeit" wahrnehmen, mit denen sie zwar eigene Vorstellungen verwirklichen wollen, aber letztinstanzlich "diese Entscheidungen selbst weder treffen noch ersetzen"⁸ können, interessieren diese hier nicht. Zu fragen wird also sein, wo Private formale Kompetenzen zur Gestaltung staatlicher Regelungen anstelle der ordentlichen Organe besitzen. Blosser Möglichkeiten zur Einwirkung auf die staatliche Willensbildung bleiben ausser Betracht.

II. *Privatae leges*

Unsere Privatrechtsordnung ist weitgehend dispositiver Natur. Sie soll der Gestaltung der Rechtsverhältnisse unter den einzelnen einen grossen Spielraum offen lassen. Verschiedene Eigenheiten unserer Industrie- und Massengesellschaft haben aber dazu geführt, dass vor allem in Form von sogenannten "allgemeinen Geschäftsbedingungen" (AGB) das individualistische, von gleich starken Partnern ausgehende Vertragsrecht immer mehr durch ein "selbst geschaffenes Recht der Wirtschaft" verdrängt wurde.⁹ Damit wird ausgedrückt, dass in den AGB nicht mehr gegenseitig ausgehandelte Willensübereinstimmungen ihren Ausdruck finden, sondern "einseitig aufgestellte, autoritäre Akte"¹⁰ zu erblicken sind, die der intellektuell bzw. wirtschaftlich Überlegene dem Schwächeren oktroyiert. Das privatrechtliche Gesetz ist in weiten Bereichen nicht mehr in der Lage, als soziale Ordnungsmacht zu wirken; Regelungslücken und fehlende oder überholte gesetzliche Modelle für Massengeschäfte (im Bankenwesen, für Garantieleistungen, beim Autooccasionsgeschäft usw.) riefen nach typisierten Vertragsformulierungen,¹¹ denen sich der Konsument – normalerweise der schwächere Vertragspartner – meist widerspruchslos unterwirft oder faktisch unterwerfen muss.

Damit ist in das grundsätzlich der Privatautonomie und dem Vertrag vorbehaltene Gebiet eine Regelungsform eingedrungen, die zahlreiche Elemente des Gesetzes enthält: abstrakte (statt konkrete) Regelung mit genereller (statt relativer)

8 BÖCKENFÖRDE, Verbände, 229.

9 Vgl. dazu MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 82, 84 ff.; PERRIN, Conventions, 506 ff.; MANFRED REHBINDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz, SJZ 1977, 36 f.; WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 129 ff. Ein anderer Aspekt dieser Entwicklung ist die Durchsetzung des Privatrechts mit zwingenden Normen zugunsten der schwächeren Vertragspartner im Miet-, Arbeitsvertrags- und Abzahlungsrecht usw.

10 REHBINDER (Anm. 9), 37.

11 ROGER ZÄCH, Privatrechtliches Gesetz, 181 ff. PERRIN, Conventions, 506 ff., insbes. 509.

Bindung, die faktisch einseitig gesetzt (statt frei ausgehandelt) wird.¹² Für Rechtsetzung, wie sie im vorliegenden Zusammenhang verstanden wird, fehlt allerdings ein konstitutives Element: der hoheitliche Charakter. Die an solchen Regelungen Beteiligten stehen nicht in einem gesetzlich begründeten Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung, sondern rechtlich gesehen auf gleicher Stufe einander gegenüber. Es liegt weder ein staatlicher Auftrag zur Setzung allgemeiner Normen vor, noch stattet der Staat die privaten Regelungen mit zwingendem Charakter aus.¹³

III. Die Verweisung auf private Normenwerke

Die Verweisung ist eines der wichtigsten Instrumente der Gesetzestechneik. Sie kommt in verschiedenen Formen vor,¹⁴ die es erlauben, in einem gegebenen Erlass verbindlich auf eine andere Regelung Bezug zu nehmen. Dies kann sich aus gesetzestökonomischen oder systematischen Gründen aufdrängen.¹⁵ Besonders häufig dienen heute Normenwerke privater Organisationen als Verweisungsobjekte, vor allem bei der Regelung technischer Probleme.¹⁶ Im ersten Kapitel wird unter A und E auf solche Fälle hingewiesen.

Bei der Verweisung auf technische Verbandsnormen werden private Regelungen nicht zu staatlichem Recht.¹⁷ Es liegt für die Privaten weder ein Auftrag noch eine Ermächtigung zur Rechtsetzung vor; der staatliche Rechtsetzer knüpft vielmehr im Normalfall¹⁸ an eine bereits vorhandene Regelung an, die ihm, unabhängig von ihrer Entstehungsart und ohne dass er auf ihre Existenz einen Einfluss hätte, geeig-

12 WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 113 f.

13 Eine besondere Erscheinungsform privater Regelungen sei noch erwähnt und ebenfalls von weiterer Berücksichtigung ausgenommen: die Gentlemen's Agreements, die in einzelnen Bereichen angestrebt oder abgeschlossen wurden, um eine staatliche Regelung zu vermeiden. Ihr Ziel ist die allgemeine Verbindlichkeit, weil nur dadurch ein Eingriff des Staates verhindert werden kann. In einzelnen Fällen beteiligte sich der Bund selber an solchen Verträgen, in andern erklärte er sie allgemeinverbindlich (Banken). Nach KNAPP, Collaboration, 377, sind solche Vereinbarungen zu vermeiden. Vgl. zu ihrer Bedeutung im Bereich des Umweltschutzrechts ACKERMANN, Kooperation, 45; ISELIN, Kooperation, 25; RENE RIGOLETH, Das Recht im Kampf gegen die Luftverschmutzung, Zürcher Diss. 1972, 241 ff. Im Bereich des Bankenwesens HOTZ, Zusammenarbeit, 39; MERZ, Notenbankpolitik; PERLIN, Conventions, 541 ff.

14 Vgl. die Darstellung bei GRAUER, Verweisung, 5 f. und 42 ff. sowie kürzer in VPB 41.110.

15 GRAUER, Verweisung, 9 ff.

16 Der Verweisung auf technische Verbandsnormen ist der zweite Teil der Dissertation von GRAUER, Verweisung, 91 ff., gewidmet. Vgl. auch die Aufsätze von KARPEN und STAATS in RÖDIG, Studien.

17 GRAUER, Verweisung, 71 und 174 ff. VPB 44.28, S. 121.

18 Bei der gleitenden oder dynamischen Verweisung (nämlich auf die "jeweils geltende" Fassung einer Verbandsnorm) kennt jedoch der Rechtsetzer "nur die im Zeitpunkt des Erlasses der Verweisungsnorm geltende Fassung des Verweisungsobjekts"; GRAUER, Verweisung, 36.

net erscheint.¹⁹ Es wäre durchaus begründbar, auch die Verweisung voll in die vorliegende Untersuchung miteinzubeziehen, vor allem weil in der dynamischen Form von Verweisung materiell eine Blankettdelegation an Private verborgen ist.²⁰ Da aber mit der Dissertation von DIETER GRAUER erst kürzlich eine Auseinandersetzung mit der Figur der Verweisung in ihren verschiedenen Ausprägungen erschienen ist, soll darauf verzichtet werden (Beispiel A).²¹

IV. Die Mitwirkung Privater bei der Umsetzung der staatlich formulierten Politik

Die Heranziehung Privater bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben entspricht der Betonung des Milizgedankens²² in der Schweiz. Zu den herangezogenen Privaten zählen neben den Organisationen der Wirtschaft²³ auch einzelne natürliche Personen, Firmen und ideelle Vereinigungen. Sie beteiligen sich in den Bereichen Sozialversicherung, Berufsbildung, Lebensmittelpolizei usw. ebenso wie in der wirtschaftlichen Interventionspolitik. Soweit die *Umsetzung* der staatlich formulierten Politik in den nichtstaatlichen Händen liegt und nicht die *Festsetzung* allgemein verbindlicher Normen zur Diskussion steht, kann auf ältere juristische und neuere politologische Untersuchungen verwiesen werden:²⁴ Die Vollzugskompetenzen Privater werden aus dieser Arbeit ausgeklammert. Wie die üblicherweise als Synonym für "Vollzug" verwendete *Rechtsanwendung* von der *Rechtsetzung* abgegrenzt werden kann, wird hinten²⁵ näher darzulegen sein.

19 GRAUER, Verweisung, 35 und 174 f.

20 VPB 41.110.

21 Zur Problematik vgl. jedoch die Ausführungen in VPB 41.110 (dazu hinten § 12 II B 4).

22 LENDI/NEF, Erfüllung, 27 ff.

23 Art. 32 Abs. 3 BV.

24 Vgl. die bereits erwähnten Arbeiten von GIGER, Mitwirkung; PETERMANN, Grenzen der Mitwirkung; ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen; sodann ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung.

25 Hinten § 8.

2. TEIL :

Die Privaten als Kompetenzträger

§ 5 *Die Verschiedenartigkeit der rechtsetzenden Organisationen*

Wenn der Staat einzelne seiner Aufgaben andern Trägern übergibt, interessieren deren Organisation und Zusammensetzung, aber auch Ziele und Aktivitäten. Welche Mitwirkungsrechte Organisationsmitglieder haben, ob und in welcher Form die von einer Regelung Betroffenen an Entscheiden beteiligt sind, welche "privaten" Interessen ein Träger öffentlicher Aufgaben daneben noch verfolgt und ob er dabei in Konkurrenz zu andern steht, kann beispielsweise nicht ohne Belang sein, wenn der ordentliche Weg der Rechtsetzung verlassen wird. Rechtsetzung ist ja mehr als Formulierung von Normen: in ihr sind ein ganzes Bündel von Funktionen vereinigt: Sie ermöglicht und kanalisiert die politische Auseinandersetzung; sie dient — neben andern Handlungsformen — der Steuerung des Staates und zielt auf Integration der verschiedenen Mächte und Legitimierung des staatlichen Handelns.¹ Rechtsetzung durch Private kann diese Funktion nicht in gleicher Art erfüllen. Den Vor- und Nachteilen, den Grenzen und Auflagen bei solchen Auslagerungen werden noch eingehende Ausführungen zu widmen sein.² Hier werden vorerst ausgewählte Kompetenzträger näher vorgestellt.

I. *Berufs- und Fachorganisationen (Verbände)*

A. Allgemeines

Besonders zahlreich sind die Verbände, die an der Normsetzung mitwirken, in der Berufsbildung (Beispiel D), sind doch von ihnen für die meisten der gegen dreihundert Ausbildungsgänge Reglemente zu den Einführungskursen auszuarbeiten; sie stellen ebenfalls die Bedingungen für den Erwerb der höheren Berufsdiplome auf. An diesen Arbeiten sind üblicherweise mehrere Verbände interessiert und beteiligt.

Berufs- und Branchenverbände handeln die Gesamtarbeitsverträge aus, denen die Behörden durch Allgemeinverbindlicherklärung Gesetzeswirkung für den entsprechenden Bereich zuerkennen können (Beispiel B). Verbände oder spezielle Ausschüsse von Fachvereinigungen werden schliesslich für die Rechtsetzung zur Gewährlei-

¹ EICHENBERGER, Lage der Rechtsetzung, 356 :

² Hatten 4 Teilabschnitte 13, 13 und 14

stung der Sicherheit (elektro-)technischer Einrichtungen und Geräte herangezogen (Beispiele E und H).

Die grosse Zahl von Verbänden, die als Rechtsetzer auftreten, macht es schwierig, sie als Gesamtheit zu charakterisieren. Von der Zusammensetzung und Grösse, von den Strukturen und Zielen her sind sie sehr verschieden. Der grossen Mehrheit ist nur gemeinsam, dass sie als Vereine nach Art. 60 ff. ZGB konstituiert sind.³ Damit steht jedoch keineswegs fest, wie die verbandsinterne Willensbildung und die Zuständigkeit der verschiedenen Organe geregelt ist; das Privatrecht lässt hier mit Absicht einen grossen Spielraum offen. Ob ein Berufsverband z.B. Ausbildungs- oder Prüfungsreglemente durch den Vorstand, eine spezielle Kommission oder Sekretariatsmitglieder in eigener Kompetenz ausarbeiten bzw. durch eine General- oder Delegiertenversammlung verabschieden lässt, richtet sich grundsätzlich allein nach seinen Statuten. Diese legen auch fest,⁴ ob jedem Mitglied eine Stimme zukommt oder die Stimmen für Kollektivmitglieder (juristische Personen) gewichtet werden usw. Wichtig ist selbstverständlich auch die Autonomie der Vereine in der Bestimmung ihrer Ziele und ihres Tätigkeitsbereichs. Sie wird durch die Vereinsfreiheit⁵ innerhalb eines sehr weiten Rahmens garantiert, der nur rechtswidrige oder staatsgefährliche Zwecke ausschliesst. Als "Abwehrrecht" des Bürgers gegenüber dem Staat gestaltet, gewährt die Vereinsfreiheit in liberaler Tradition dem einzelnen einen freien Entscheid darüber, ob er durch Eintritt in den entsprechenden Verband und aktive Mitarbeit die Möglichkeit nützen will, z.B. den Inhalt eines Gesamtarbeitsvertrages mitzugestalten.

Diese allgemeinen Ausführungen haben selbstverständlich kein plastisches Bild der Verbände mit Rechtsetzungsbefugnissen zeichnen können. Es sollen deshalb drei als Beispiele herausgegriffen und detaillierter vorgestellt werden.

B. Die Gewerkschaft Bau und Holz (GBH)

Die Gewerkschaft Bau und Holz (GBH) ist eine der dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund angeschlossenen Arbeitnehmerorganisationen. Sie bezweckt, "die materiellen, beruflichen, sozialen und kulturellen Interessen ihrer Mitglieder zu verteidigen und zu fördern und für eine gerechte Wirtschaftsordnung zu kämpfen".⁶ Mit

3 Die Übersichten im Verzeichnis schweizerischer Berufs- und Wirtschaftsverbände, hrsg. vom BIGA, Bern 1979, berücksichtigen 675 Arbeitgeber-, 170 Arbeitnehmer- und 260 Verbände "anderer Art" (darunter fallen u.a. Gesellschaften wie die Käseunion AG oder die BUTYRA; der Begriff ist also sehr weit gefasst). Davon haben etwa ein Neuntel die Form der Genossenschaft und einige Dutzend jene der einfachen Gesellschaft (S. VII).

4 Die Bestimmungen des ZGB sind dispositiv, Art. 63 ZGB.

5 Art. 56 BV. Sie kommt auch Vereinen mit wirtschaftlichen Zielen zugute, sofern damit die Förderung gemeinsamer wirtschaftlicher Interessen und nicht (durch die Handels- und Gewerbefreiheit, Art. 31 BV, gedeckte) Erwerbszwecke gemeint sind. AUBERT, Traité, Nr. 2137.

6 Art. 3 Abs. 1 der ab 1. Januar 1980 gültigen Statuten. Grundlage dieses Porträts sind ausser den Statuten die Jahresberichte 1975–1978.

ihren über 110'000 Mitgliedern einer der grössten schweizerischen Vereine, ist die GBH in 60 lokale *Sektionen* gegliedert, die wiederum nach *Berufsgruppen* (Schreiner, Maler/Gipser usw.) unterteilt sind. Oberstes Organ der GBH ist der ordentlicherweise alle vier Jahre zusammentretende *Kongress*, an den Sektionen und Interessengruppen (z.B. Saisonniers, Jugend) nach einem statutarisch festgelegten Schlüssel ihre Vertreter delegieren. Er legt die Grundsätze der Gewerkschaftspolitik fest und nimmt wichtige Wahlen vor. Zwischen den Kongressen tagt zur Erledigung der Geschäfte jährlich zweimal die *Landesdelegierten-Versammlung*, ein Gremium von 70 Personen. Vollziehendes Organ⁷ der GBH ist der *Zentralvorstand*. Er besteht aus zwanzig Mitgliedern und ebenso vielen Ersatzleuten, die analog wie beim Kongress die verschiedenen Regionen und Interessengruppen vertreten. Der Zentralvorstand bereitet die Geschäfte von Kongress und Landesdelegiertenversammlung vor, nimmt zwischen solchen Tagungen zu dringlichen Problemen der Gewerkschaftspolitik Stellung usw.; er ist zudem zuständig "in allen Fragen, die nicht ausdrücklich einem andern Organ übertragen sind".⁸ Die Realisierung der Beschlüsse der verschiedenen statutarischen Organe schliesslich liegt in den Händen der *Geschäftsleitung*, der Zentralpräsident, zwei Vizepräsidenten und die Zentralsekretäre angehören.⁹

Neben diesen zentralen Organen kennt die GBH u.a. sogenannte *Branchenkonferenzen*¹⁰ für die Behandlung der spezifischen Probleme der verschiedenen betreuten Berufsgruppen. Die regionalen Delegierten werden von den entsprechenden in der GBH organisierten Arbeitnehmern gewählt.¹¹ Sie können zu sie interessierenden Fragen Anträge an die zuständigen Verbandsorgane stellen und "sind ein entscheidendes Organ in der Vertragsbewegung".¹² In der Diskussion der Ausbildungsreglemente spielen sie keine wesentliche Rolle. Im allgemeinen definieren nämlich die Arbeitgeber Berufsbild und Berufsanforderungen. Dies gilt im besonderen für die Berufs- und höheren Fachprüfungen, die ohne Zutun der GBH geregelt werden. Bei den Reglementen über Lehrabschlussprüfungen¹³ ist die Gewerkschaft aktiver, äussert sich aber, wo keine paritätische Kommission zur Ausarbeitung der Reglemente besteht,¹⁴ erst im Vernehmlassungsverfahren, zusammen mit den kantonalen Berufsbildungsämtern, der Berufslehrerkonferenz usw. Die Reglementsentwürfe gehen vom GBH-Zentralsekretariat zur Stellungnahme an die Sektionen, wo sie von der betreffenden Berufsgruppe behandelt werden. Diese Meinungsäusserungen wer-

7 Art. 19 Ziff. 1 der Statuten (Anm. 6).

8 Art. 19 Ziff. 7 (am Schluss) der Statuten.

9 Art. 20 Ziff. 1 der Statuten.

10 Art. 24 Ziff. 1 der Statuten.

11 In der Branchenkonferenz der Maler/Gipser beispielsweise sind 50, in jener des Bau(haupt)gewerbes 250 Delegierte versammelt.

12 Art. 24 Ziff. 1 Satz 3 der Statuten.

13 Mit denen teilweise auch gleich die Einführungskurse behandelt werden, trotz der unterschiedlichen Zuständigkeiten.

14 Beispiel einer solchen – und in der Branche eine Ausnahme – ist die paritätische Kommission im Bauhauptgewerbe. "Meisterprüfungen" (höhere Fachprüfungen) werden übrigens ohne Beteiligung der Gewerkschaft gestaltet.

den dann im Zentralsekretariat zu einer einheitlichen Verbandsposition zusammengefasst und anschliessend dem BIGA eingereicht. Das Bundesamt stellt die verschiedenen Antworten zusammen, versucht einen Kompromiss zu erreichen und publiziert den Entwurf, um vor allem den Unorganisierten die Möglichkeit zum Einspruch zu öffnen. Weiter bestehende Differenzen werden notfalls an einer Einigungskonferenz zu lösen versucht, an der die GBH beteiligt sein kann.¹⁵

Gewichtiger ist die Rolle der Gewerkschaft bei der Ausarbeitung von Gesamtarbeitsverträgen. Dem entspricht, dass das verbandsinterne Verfahren stark strukturiert ist. Nähert sich das Ende einer Vertragsperiode, werden die Sektionen von der Zentrale darauf aufmerksam gemacht und gebeten, innerhalb der Berufsgruppe über Änderungsanträge zu diskutieren. Die Vorschläge der Sektionen werden an der Branchenkonferenz behandelt und zu einem Forderungspaket geschnürt. Gleichzeitig wird eine Verhandlungsdelegation gewählt, die sich zusammen mit den Arbeitgebervertretern und Delegierten anderer Arbeitnehmerverbände an den Konferenztisch setzen soll. Das Resultat dieser Runde wird den Sektionen mitgeteilt und der Berufskonferenz zur Stellungnahme vorgelegt. Sind alle Parteien einverstanden, wird die Vereinbarung ausformuliert und zur Unterzeichnung und Inkraftsetzung den Partnern zugestellt. In der GBH haben sich dazu neben der Branchenkonferenz auch Geschäftsleitung und Zentralvorstand zu äussern. Dies gilt im besonderen, wo ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) allgemeinverbindlich erklärt werden soll. Ein solches Gesuch ist von den Vertragsparteien gemeinsam den Behörden einzureichen.

C. Der Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen

Als Dachorganisation¹⁶ beteiligt sich der Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen nur ausnahmsweise an der Ausarbeitung von Berufsbildungsreglementen: Er springt dort ein, wo kein Mitgliedverband speziell zuständig ist, wie z.B. bei der Umschreibung des Anforderungsprofils für die weitgehend branchenunabhängig einsetzbaren Organisatoren.¹⁷ Die interne Zusammensetzung und Struktur des Zentralverbands braucht hier nicht näher vorgestellt zu werden, da neben der *Geschäftsstelle* normalerweise keine weiteren Verbandsorgane am Entwurf solcher Reglemente beteiligt sind.^{18,19}

15 Die Rollen, welche die Berufsverbände bei der Ausarbeitung von Ausbildungsreglementen spielen, sind recht unterschiedlich; vgl. dazu die Fallstudie 'Berufsbildung' bei ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2, 2.

16 Laut BIGA-Verzeichnis (vorn Anm. 3) hat der Zentralverband 59 Mitgliederverbände. Er gehört zur Gruppe der meistkonsultierten "Spitzenverbände".

17 Der entsprechende Entwurf wurde vom Zentralverband, dem Schweizerischen Kaufmännischen Verband, dem Schweizerischen Bürofachverband und der Schweizerischen Gesellschaft für Organisation gemeinsam eingereicht, vgl. BBl. 1979 II 680.

18 Im Zusammenhang mit dem ersten Reglement, einer höheren Fachprüfung für EDV-Analysen (BBl. 1980 II 341), wurde der Vorstand des Zentralverbands begrüsst, bei den späteren (Marketingleiter, Exportleiter) nicht mehr.

19 Dass sich hier mit dem "basidemokratisch" und dem "autokratisch" entscheidenden Verband

D. Der Schweizerische Elektrotechnische Verein (SEV)

Der SEV besteht seit 1889 und bezweckt die "Förderung der Elektrotechnik in der Schweiz und die Wahrung der gemeinsamen Interessen"²⁰ seiner gut 4000 Einzel- und über 1500 Kollektivmitglieder. Die Einzelmitglieder sollen durch Ausbildung oder berufliche Stellung "mit Fragen der Elektrizität in Beziehung"²¹ stehen. Etwas mehr als ein Viertel der Kollektivmitglieder werden von den Elektrizitätswerken gestellt; die übrigen stammen aus den Kreisen von Unternehmungen, Korporationen, Behörden und Lehranstalten. Sie haben an der Generalversammlung zusammen etwa 6000 Stimmen, die nach einem differenzierten Schlüssel verteilt werden.²² Die Aufgaben des Vereins umfassen heute allgemein die "Bearbeitung von technischen, wirtschaftlichen, rechtlichen und ethischen Fragen, die den ganzen Verein oder grössere Interessengruppen desselben berühren" und im besonderen

3. (den) Betrieb Technischer Prüfanstalten;
4. die Pflege entsprechender Beziehungen zu den Behörden und der Öffentlichkeit, zu verwandten inländischen Vereinigungen, elektrotechnischen Vereinigungen des Auslandes und internationalen elektrotechnischen Institutionen;
5. die Schaffung von Vorschriften, Regeln, Leitsätzen, Normen, Reglementen, Anleitungen und dergleichen für das Fachgebiet der Elektrotechnik.²³

Der *Vorstand* des SEV besteht aus elf bis dreizehn Mitgliedern, die die verschiedenen Interessengruppen und Landesgegenden angemessen vertreten sollen. Er wählt u.a. die Kommissionen ("*Fachkollegien*"), die technischen Normen über die Ausführung und den Betrieb von elektrischen Anlagen, Maschinen usw. beraten oder ausarbeiten. Später genehmigt er solche Vorschriften, soweit sie zu SEV-Normen erklärt werden. Die Tätigkeit der gegen hundert Fachkollegien wird durch das *Schweizerische Elektrotechnische Komitee (CES)* des SEV koordiniert und ist weitgehend durch die Mitarbeit in internationalen Normungsorganisationen – im europäischen wie im kontinentübergreifenden Raum – bestimmt: Die meisten zu SEV-Normen erklärten Regelwerke sind "vollständig oder nur mit unwesentlichen Änderungen"²⁴ identisch mit den entsprechenden internationalen Normen. Das ergibt sich aus dem Anspruch der Normungsorganisationen, einerseits den aktuellen Stand der Technik und Wissenschaft in ihren Standards festzuhalten²⁵ und andererseits durch Harmonisierungen zur Beseitigung von Handelsbarrieren beizutragen.

Die gegen hundert Fachkollegien, denen die praktischen Normungsaufgaben obliegen, sind aus interessierten Fachleuten zusammengesetzt, die im Milizsystem und

eine Arbeitnehmer- und eine Arbeitgeberorganisation gegenüberstehen, tut nichts zur Sache; zu zeigen ist nur die Bandbreite der Entscheidungsmodalitäten.

20 Art. 1 der Statuten vom 30. August 1975, publiziert im SEV-Bulletin (Zürich), Jahreshft 1979, 119 ff. Die folgende Darstellung des SEV stützt sich weitgehend auf diese Veröffentlichung.

21 Art. 4 Ziff. 2 der Statuten.

22 SEV-Bulletin (Anm. 20), 118.

23 Art. 2 der Statuten.

24 Jahresbericht SNV 1978, 12.

25 Technische Normen werden deshalb mindestens alle fünf Jahre überprüft und wenn nötig revidiert.

unterstützt vom *Sekretariat des CES* wirken. Die von ihnen vorbereiteten Normen werden im offiziellen Vereinsorgan, dem SEV-Bulletin, publiziert; innerhalb von zwei Monaten kann anschliessend Einsprache erhoben werden. Bereinigt kommen die Normen vor das CES, das sie nochmals überprüft und – für gut befunden – dem SEV-Vorstand zur Genehmigung und Inkraftsetzung vorlegt.²⁶ Dieses mehrstufige Verfahren kommt auch bei den Regelungen zur Anwendung, die der SEV in Ausführung der Bundesgesetzgebung aufstellt,²⁷ doch ist in diesen Fällen der *Sicherheitsausschuss des CES* für die Genehmigung zuständig.²⁸

Wie erwähnt, ist die Normung nur eine (allerdings sehr wichtige) der Aufgaben des SEV. Im weiteren betreibt der Verein technische Prüfanstalten, die auch öffentliche Funktionen wahrnehmen: Die Materialprüfanstalt unterzieht die dem SZR unterstellten Artikel den verlangten (Nach-) Prüfungen;²⁹ das im letzten Jahrhundert eingerichtete Starkstrominspektorat des SEV ist seit Jahrzehnten auch Eidgenössisches Starkstrominspektorat.³⁰ Und schliesslich kommt dem SEV eine wichtige Rolle in der Weiterbildung und als Forum für technische, wirtschaftliche und rechtliche Diskussionen um die Elektrizität zu.

II. Selbsthilfeorganisationen³¹

A. Der Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM)

Während sich der SEV auch als nationale Sektion einer Organisation mit internationalen Interessen versteht, ist der Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten (ZVSM) selber ein Dachverband. Er besteht seit 1907 mit dem Zweck, die lokalen und regionalen Interessen zu koordinieren, um auf Landesebene den Markt zu beeinflussen. Seine Mitglieder sind die im Handelsregister eingetragenen 13 regionalen Milchverbände, deren Sektionen ihrerseits von den einzelnen, in lokalen Milch- und

26 Für Verfahrensdetails vgl. die Geschäftsordnung des CES vom 2. Juli 1975 oder die Darstellung bei GRAUER, Verweisung, 130 ff.

27 Vgl. die vorn, BEISPIEL E, zitierte Verfahrensvorschrift in Art. 7 SZR. Im SZR ist als Anhang das Verzeichnis der prüfpflichtigen elektrischen Installationsmaterialien und Apparate samt den Nummern der einschlägigen SEV-Normen publiziert.

28 Im wesentlichen entspricht dieses Verfahren auch der Praxis der andern in der SNV zusammengeschlossenen Interessengruppen (GRAUER, Verweisung, 124 ff. für SNV, 133 ff. für SIA und 139 ff. für VSM). Ihr Publikationsorgan ist das VSM/SNV-Normen Bulletin (Zürich). Bei der SNV ist man bemüht, auch Nicht-Fachleute (Behörden- und vor allem Konsumentenvertreter) bei der Normungsarbeit beizuziehen, stösst dabei jedoch häufig auf Probleme, weil z.B. Konsumentenvertreter als Nicht-Fachleute "überfordert" sein können.

29 Art. 2 und 9 ff. SZR.

30 V über das Eidgenössische Starkstrominspektorat (SR 734.24). Ursprünglich AS 19, 400 (1903). Es besteht daneben weiterhin ein Vereinsinspektorat.

31 In dieser zwischen die "Verbände" und die Erwerbsgesellschaften geschobenen Gruppe werden ausschliesslich Genossenschaften behandelt: wirtschaftliche Selbsthilfeorganisationen, die Elemente sowohl der Verbände wie der Erwerbsgesellschaften aufweisen.

Käsereigenossenschaften zusammengeschlossenen, Milchproduzenten gebildet werden.³² Organisiert ist der ZVSM als Genossenschaft. Da seine Mitglieder selber auch Genossenschaften sind, gelten für ihn neben den allgemeinen Bestimmungen des OR zu dieser Gesellschaftsform (Art. 828 ff.) die besonderen über den "Genossenschaftsverband" (Art. 921–926). Allerdings regelt das Gesetz gerade die zentrale Frage der Beziehung des Verbands zu seinen Gliedern nur summarisch.³³ Herauszuheben ist, dass für den Genossenschaftsverband das Kopfstimmenprinzip nur dispositiv gilt.³⁴ Der ZVSM hat denn auch die Delegiertenzahlen der Mitgliedverbände unterschiedlich festgelegt. Sie beträgt zwischen zwei und sieben und richtet sich nach der abgelieferten Verkehrsmilchmenge.³⁵ Trotz des föderalistischen Aufbaus des ZVSM kommt der Zentrale in Bern für die Verbandspolitik ausschlaggebende Bedeutung zu, indem die regionalen Milchverbände und deren Mitglieder an die Entscheide der Delegiertenversammlung des Zentralverbandes gebunden sind.³⁶ Unterstrichen wird diese Abhängigkeit der Mitglieder beider Stufen dadurch, dass die Mitgliedschaft u.a. die Pflicht beinhaltet, keine Milch(produkte) zu verkaufen, "bevor die zuständigen Verbandsorgane die bezüglichen Anweisungen erlassen haben."³⁷

Zweck des ZVSM ist gemäss Statuten, "einen Milchpreis anzustreben, der mindestens die Produktionskosten deckt und dem Nährwert angemessen ist".³⁸ Insoweit laufen die Verbandsinteressen parallel zu einem der gesetzlichen Aufträge, nämlich in der Landwirtschaft produktionskostendeckende Preise zu garantieren.³⁹ Dem Milchpreis kommt für die wirtschaftliche Stellung der Landwirtschaft eine grosse Bedeutung zu, weil die Milchverwertung einen Drittel des Endrohertrags – und damit bedeutend mehr als irgend ein anderes einzelnes landwirtschaftliches Produkt – dieses Wirtschaftszweiges liefert.⁴⁰ Schon für die Durchführung der ersten Interventionen, die im Jahre 1922 einen Zusammenbruch des Milchmarktes verhindern sollten,⁴¹ griff der Bund auf den ZVSM zurück, der als Selbsthilfeorganisation ebenfalls

32 In die regionalen Verbände sind aber auch einzelne Gesellschaften oder Milchproduzenten aufzunehmen, vgl. SJZ 1958, 220; BGE 86 II 365 ff.

33 E.F. SCHMID, Genossenschaftsverbände, 15.

34 Art. 922 Abs. 2 OR im Gegensatz zu Art. 854 OR für die Genossenschaft allgemein.

35 § 13 der Statuten von 1946.

36 § 34 Abs. 1 der Statuten.

37 KAUFMANN, ZVSM, 6. Zur faktischen Abhängigkeit vom Zentralverband SCHILLING, ALBONICO, Milch, 12.

38 § 2 der Statuten. Damit erfüllt der ZVSM die Bedingung, als Genossenschaft hauptsächlich wirtschaftliche Interessen seiner Mitglieder zu verfolgen (Art. 828 OR). Er fördert allerdings nicht nur die Interessen der eigenen Verbandsmitglieder, sondern auch jene der Mitglieder lokaler und regionaler Milchverbände. Diese "Aussenstehenden" sind jedoch nicht beliebige Dritte, so dass mit E.F. SCHMID, Genossenschaftsverbände, 25, davon auszugehen ist, dass der ZVSM durchaus gesetzeskonforme Verbandsziele anstrebt.

39 Art. 29 LwG. Zum Problem der nicht parallel laufenden Interessen vgl. KAUFMANN, ZVSM, 104 ff.; E.F. SCHMID, Genossenschaftsverbände, 27; sehr plastisch SCHILLING, ALBONICO, Milch, insbes. 15 ff.

40 SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 131.

41 Betr. Geschichte der Interventionen im Bereich der Landwirtschaft vgl. BOTSCHAFT LwG, 161 ff. und insbes. 164 ff. für die Milchwirtschaft, sowie JÖRIN, Parastaatliche Organisationen.

daran interessiert war, den Milchpreis zu halten und die Verantwortung für den Vollzug übernehmen; die Durchführung der Interventionsmassnahmen hätte die Kapazitäten der Bundesverwaltung eindeutig überstiegen.⁴² Die kartellistische Organisation des Milchmarktes macht allerdings den ZVSM zu einem ungewöhnlich gewichtigen Machtfaktor nicht nur im Bereich der Milch-, sondern der Landwirtschaftspolitik allgemein.⁴³ Die Betrauung mit öffentlichen Aufgaben hat dabei die Stellung des ZVSM noch zusätzlich gefestigt.⁴⁴

Oberstes Organ des ZVSM ist die *Delegiertenversammlung*,⁴⁵ die über alle Fragen beschliesst, die nicht ausdrücklich einem andern Verbandsorgan vorbehalten sind.⁴⁶ Namentlich aufgeführt ist ihre Zuständigkeit, Beschlüsse zu fassen betreffend

„Milchverkauf und Milchpreis; Festsetzung von allgemeinen Richtlinien und Vorschriften über die Produktion, Verkauf und Verwertung von Milch und Milchprodukten, Abschluss bzw. Genehmigung der bezüglichen Verträge, Vereinbarungen und Reglemente.“⁴⁷

Die Geschäfte der Delegiertenversammlung werden vom 28- bis 30-köpfigen *Vorstand* vorbereitet, der aus seinem Kreis einen *Geschäftsausschuss* bestimmt.⁴⁸ Die unmittelbare Ausführung aller Verbandsgeschäfte liegt in den Händen eines ständigen Büros, der *Geschäftsleitung*.⁴⁹ Sie formuliert z.B. die Entwürfe für die vom ZVSM verantworteten milchwirtschaftlichen Erlasse.⁵⁰ Dabei kann sie sich eventuell auf Beschlüsse einer Delegiertenversammlung stützen;⁵¹ in andern Fällen hat sie ihr diese schliesslich zur Genehmigung zu unterbreiten.⁵²

Der ZVSM nimmt die Interessenvertretung für seine Mitglieder in verschiedenen Formen wahr. Einflussnahme auf die Behörden in Landwirtschaftsfragen, Führung eines Preisstützungsfonds, aber auch Schaffung von oder Beteiligung an Unternehmungen der Milchverarbeitung seien als Beispiele erwähnt. Die unternehmerische Tätigkeit des ZVSM ist besonders wichtig, weil sie den Verbandsmitgliedern die Vorteile eines Grossunternehmens bietet.⁵³

42 RIEDER/JÖRIN, Mitverwaltung, 22. KAUFMANN, ZVSM 26 und 123.

43 SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 136, nennt ihn einen „Trust von Kartellen“; SCHILLING/ALBONICO, Milch, 10, meinen: „Wer die Milch kontrolliert, kontrolliert in hohem Mass die Landwirtschaft.“

44 GRUNER, Wirtschaftsverbände, 106. P. R. MÜLLER, Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, 247 ff., setzt sich eingehend mit der Frage auseinander, ob die hoheitlichen Elemente des ZVSM zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts machen; er verneint sie mit überzeugenden Argumenten.

45 § 13 Abs. 1 der Statuten; Abs. 4 regelt die Stimmansprüche der einzelnen Mitgliederverbände wie erwähnt gemäss der abgelieferten Verkehrsmilchmenge.

46 § 17 Abs. 1 der Statuten.

47 § 17 Ziff. 5 lit. a. der Statuten; vgl. auch § 17 Ziff. 7 betr. den Abschluss von Vereinbarungen mit den Amtsstellen zur Sicherung der Versorgung des Landes mit Milch und Milchprodukten. § 16 Abs. 3 eröffnet der Delegiertenversammlung die Möglichkeit, beliebige Befugnisse an den Vorstand zu delegieren. – Es ist übrigens nicht so, dass der ZVSM den Milchpreis selber festsetzen könnte: diese Kompetenz liegt gemäss Art. 4 MB beim Bundesrat.

48 § 18 Abs. 1, Abs. 3 Ziff. 1 und Abs. 5 der Statuten.

49 § 20 der Statuten.

50 Vgl. vorn BEISPIEL K, Anm. 70.

51 So erwähnt in SR 916.351.211.

52 Beispielsweise SR 916.351.31.

53 KAUFMANN, ZVSM, 9.

B. Gesellschaften zur Verwertung von Urheberrechten (Im besonderen: Die SUIA)

Sobald ein Werk der Literatur oder Kunst entstanden ist, kommt sein Schöpfer in den Genuss des urheberrechtlichen Exklusivrechts nach Art. 12 des Urheberrechtsgesetzes (URG).⁵⁴ Er kann z.B. verfügen, dass das Werk in einem bestimmten Verfahren (Druck, Verfilmung, mit Instrumenten) wiedergegeben, dass es verkauft, dass es öffentlich aufgeführt wird – oder eben nicht. Die Situation in der Musikbranche erlaubt es allerdings nicht, dass der einzelne seine Rechte, beispielsweise an einem Werk, dessen Noten im Handel erhältlich sind, wirksam wahrnimmt. Das BG betr. die Verwertung von Urheberrechten (URVG)⁵⁵ sieht darum vor, dass diese Rechte von einem Personenverband, „welcher sich die Verwertung solcher Rechte zum Zwecke gesetzt hat“,⁵⁶ verwaltet werden. Diese Gesellschaft braucht eine Bewilligung des Bundes und steht unter behördlicher Aufsicht.⁵⁷ Die Bewilligung kann je für die Verwertung einer Art von Urheberrechten nur an eine einzige Gesellschaft erteilt werden⁵⁸ und gilt für jeweils fünf Jahre.⁵⁹ Die Rechte zum öffentlichen Aufführen und Senden von nicht-theatralischer Musik werden seit Inkrafttreten des URVG im Jahre 1942 von der SUIA und jene für das Aufnehmen von Musik auf Tonträgern von der MECHANLIZENZ verwaltet, die seit 1978 ebenfalls Inhaberin einer Monopolbewilligung und seit 1980 mit der SUIA fusioniert ist.⁶⁰

Die Verwertungs-Gesellschaften sind als Genossenschaften konstituiert, deren Mitglieder Urheber oder Verleger usw. sind.⁶¹ Da sie weitgehend analog organisiert sind, wird im weiteren der Einfachheit halber nur noch auf die SUIA Bezug genommen.

54 SR 231.1.

55 SR 231.2.

56 Art. 2 Abs. 1 URVG.

57 Art. 1 Abs. 1 URVG.

58 Art. 2 Abs. 1 URVG. Vgl. vorn § 2, Anm. 10 für neuere Entwicklungen. Zur Monopolstellung vgl. ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen, 251.

59 Art. 5 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum BG betr. die Verwertung von Urheberrechten (URVV) (SR 231.21).

60 Zu den Hintergründen der Ausdehnung der Geltung der URVV (SR 231.21) auf die Urheberrechte an Tonträgern vgl. den Jahresbericht SUIA/MECHANLIZENZ 1978, 10/11: „Die starke Präsenz ausländischer Musik setzt die Schwestergesellschaften der SUIA und der MECHANLIZENZ gelegentlich der Versuchung aus, über die Verwendung 'ihrer Musik' in der Schweiz mitreden und insbesondere auf die Tarife und Lizenzbedingungen Einfluss nehmen zu wollen ... war zu befürchten, einzelne Schwestergesellschaften könnten versuchen, ihr Repertoire in der Schweiz selber zu verwalten. Ein solches Vorgehen hätte in unserem Land heillose Verwirrung gestiftet und die Wahrung der Urheberrechte beeinträchtigt.“ Zur Fusion und den weiteren Gesellschaften vgl. § 2 Anm. 10.

61 Die Gesellschaften verwalten auch die Rechte von Auftraggebern, die nicht Mitglieder sind (weil z.B. die dreijährige „Probezeit“ noch nicht abgelaufen ist), aber finanziell gleich zu behandeln sind. Anfangs 1978 betrug bei der (unfusionierten) SUIA die Zahl der Mitglieder 2875, jene der Auftraggeber 1526.

Wer ein geschütztes Musikwerk aufführen will, ist verpflichtet, vorgängig die Erlaubnis der SUISA einzuholen,⁶² die als Entgelt die im entsprechenden Tarif – z.B. Kirchenmusik (C), Kinos (E) oder Musik im Werbefernsehen (R) – vorgesehene Entschädigung verlangen wird.⁶³ Diese meist fünf Jahre gültigen Tarife werden von der SUISA – konkret: von der *Geschäftsleitung*, der eine beratende *Kommission* aus SUISA-Mitgliedern zur Seite steht – gestaltet. Sie ist jedoch verpflichtet, die “Vorschläge der hauptsächlichen Organisationen der Veranstalter von Aufführungen, insbesondere betreffend die Schaffung bestimmter Tarifaufstufungen einzuholen und nach Möglichkeit zu berücksichtigen”,⁶⁴ also ein Vernehmlassungsverfahren bei den “Konsumenten” durchzuführen. Tatsächlich findet oft eine ganze Reihe von Gesprächen zwischen den Interessierten statt, vor allem wenn die Tarife strukturellen Veränderungen angepasst werden müssen. Die Verwaltung der SUISA hat anschliessend die ausgearbeiteten Tarife der vom EJPD eingesetzten *Eidgenössischen Schiedskommission* vorzulegen. Sie wird von einem Bundesrichter präsiert und neben zwei neutralen Beisitzern paritätisch mit Vertretern der Urheber und Veranstalter besetzt. Dieses Gremium überprüft die Vorlagen auf Willkür hin; sein Entscheid ist grundsätzlich endgültig.⁶⁵ Mit der Publikation im Handelsamtsblatt, die auf Kosten der SUISA erfolgt,⁶⁶ erhalten die Tarife zwingenden Charakter, was die SUISA verpflichtet, auch wegen kleiner Beträge zu prozessieren.

Die interne Verteilung der eingegangenen Entschädigungen auf die berechtigten Urheber erfolgt nach einem detaillierten Verteilungsreglement, das von einer SUISA-Kommission erarbeitet und vom Vorstand der Gesellschaft verabschiedet wird.⁶⁷ Grundlage dieser Verteilung sind die Listen der aufgeführten Werke, die von den Erwerbern einer Aufführungserlaubnis eingereicht werden müssen.⁶⁸ Die Geschäftsführung der SUISA wird jährlich vom Bundesamt für geistiges Eigentum überprüft.⁶⁹

62 Ausgegangen sei hier vom Normalfall, dass der Urheber des Werkes seine Rechte nicht selber verwaltet, sondern an diese Gesellschaft abgetreten hat. – Art. 42 URVG nennt die zivil- und strafrechtlich verfolgbareren Urheberrechtsverletzungen.

63 Art. 4 Abs. 1 URVG.

64 Art. 9 URVV.

65 Art. 11–14 URVV (Sonderregelung für die SRG).

66 Art. 11 Abs. 2 URVV.

67 9% der Einnahmen gehen auf das Konto einer Einrichtung der “2. Säule”; der Verwaltungsaufwand (inkl. Kosten der Schiedskommission usw.) beträgt maximal 30%. Zu den administrativen, technischen und Bewertungsproblemen bei der Verteilung vgl. Jahresbericht 1978, 6 ff.

68 Art. 4 Abs. 3 URVG.

69 Art. 1 Abs. 1 URVG in Kombination mit Art. 6–8 URVV.

III. Erwerbsgesellschaften

A. Versicherungsgesellschaften

Regelungsbefugnisse privater Gesellschaften betreffen vor allem den Bereich der Tarif- bzw. Preisgestaltung. So werden die Tarife für die obligatorische Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung (MHV) von allen Versicherungseinrichtungen gemeinsam aufgestellt.⁷⁰ Die V über die MHV⁷¹ gibt dafür allgemeine Hinweise, indem sie festhält, dass Risikoklassen und Leistungsvarianten unterschiedliche Prämien begründen.⁷² Damit das Bundesamt für Privatversicherungswesen (BPV) die Angemessenheit der Tarife überprüfen kann, haben die Versicherer jährlich ausführliche Statistiken einzureichen⁷³ und gemeinsame sowie individuelle Nachkalkulationen (Jahressaldorechnungen) vorzulegen, die vom BPV genehmigt werden, "wenn die Interessen der Versicherten gewahrt sind".⁷⁴ Die von den Gesellschaften erarbeiteten Prämientarife selbst werden genehmigt und damit allgemein verbindlich⁷⁵ erklärt, sofern sie sich als risiko- und kostengerecht erweisen.⁷⁶

Versicherungseinrichtungen sind aus gewerbepolizeilichen Gründen als Aktiengesellschaften oder als Genossenschaften zu organisieren.⁷⁷ Dadurch soll eine tragfähige Basis für den Schutz des Versicherten vor Übervorteilung und vor Insolvenz des Versicherers geschaffen werden. Unabhängig von der Rechtsform der Gesellschaften gehört die Ausarbeitung der Prämientarife zur *Geschäftsführung*, bei der weder die Versicherten noch die "Mitglieder" als solche beteiligt sind. Bei den einzelnen Versicherungsinstituten fallen die Entscheide innerhalb hierarchischer Strukturen. Ihre gemeinsame Position erarbeiten die Gesellschaften in Verhandlungsrunden, wo sie ihre Interessen und ihren Einfluss differenziert geltend machen können. Anders als etwa bei GAV sind die Versicherungsnehmer als die späteren Vertragspartner der Versicherungsgesellschaften an den Aushandlungen nicht beteiligt.⁷⁸ Stellvertretend für sie soll das zuständige Bundesamt ihre Interessen wahrnehmen, indem es das Verhandlungsergebnis auf dem Hintergrund der Geschäftsergebnisse und -erwartungen überprüft.

70 Art. 37 Abs. 2 Satz 1 VAG (SR 961.01), vorn Beispiel F.

71 VMHV, SR 961.25.

72 Art. 1 Abs. 2 VMHV.

73 Art. 5 VMHV.

74 Art. 8 und 11 VMHV; vgl. auch die V über die individuelle Nachkalkulation in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung (VINK) (SR 961.253).

75 Art. 37 Abs. 2 Satz 2 VAG.

76 Art. 7 Abs. 1 VMHV.

77 Art. 11 Abs. 1 VAG.

78 Dies ist wohl im Zusammenhang damit zu sehen, dass im Versicherungswesen im Unterschied zum Arbeitsbereich eigentliche Vertragsverhandlungen generell längst durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verdrängt sind.

B. Die Schweizerische Käseunion AG

Bei der Regulierung des Käsemarktes kommt der Schweizerischen Käseunion AG eine zentrale Stellung zu. In dieser "gemeinsamen Organisation"⁷⁹ sind Produzenten (d.h. der ZVSM), Verarbeitung (d.h. die im Schweizerischen Milchkäuferverband organisierten Käser), Grosshandel und Grossverteiler zusammengeschlossen. Im Verkehr nach aussen tritt sie als Aktiengesellschaft auf; die internen Beziehungen richten sich nach der Schweizerischen Käsekonvention und den Regeln der einfachen Gesellschaft.⁸⁰ Diese Lösung – in Realität komplexer als diese Kurzformel erkennen lässt – war und ist nicht unumstritten. Ihre Geschichte soll hier kurz nachgezeichnet werden,⁸¹ weil sie für das pragmatische Vorgehen im Bereich der Zusammenarbeit des Staates mit Privaten charakteristisch ist.

Um der Bedrohung des Käsehandels zu Beginn des ersten Weltkrieges entgegenzutreten, wurde damals unter Führung des EVD und des Schweizerischen Bauernsekretariates und mit Beteiligung des ZVSM die Genossenschaft schweizerischer Käseexportfirmen gegründet und mit einem Export- und Einkaufsmonopol ausgestattet. Nach dem Krieg schied der Bund aus. Die Genossenschaft wurde als Schweizerische Käseunion privatrechtlich organisiert und um die Berufsorganisation der Käser erweitert. 1942 wurde die Käseunion in ein kriegswirtschaftliches Syndikat umgewandelt, das erst sechs Jahre später aufgelöst wurde. Danach wurde die Käseunion wieder privatrechtlich organisiert, und zwar als mit einer einfachen Gesellschaft verbundene Aktiengesellschaft. Diese Doppelgesellschaft wurde gemäss der allgemeinen Ermächtigung von Art. 120 LwG im Laufe der folgenden Jahre wieder mit öffentlichen Aufgaben betraut. Trotz mannigfacher Kritik überstand die Organisation in dieser Form mehrere Gesetzesrevisionen. Mängel versuchte man in einer Revision 1957 zu beheben, indem Einzelheiten bezüglich der Durchführung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben gesetzlich festgelegt und die Bedingungen der Mitgliedschaft in der Käseunion liberalisiert wurden. Um die Interessen der Allgemeinheit, die für die Verluste voll aufzukommen hat, stärker zur Geltung zu bringen, wurde die Umwandlung in eine öffentlich-rechtliche Genossenschaft erwogen.⁸² Doch wurde dieses Vorhaben in der Vernehmlassung so entschieden als unliberal und unzweckmässig abgelehnt,⁸³ dass man sich damit begnügte, die privatrechtliche "gemeinsame Organisation" einer verstärkten Aufsicht und einem umfassenden Weisungsrecht der Behörden zu unterstellen.

79 So die Bezeichnung in den einschlägigen Gesetzesbestimmungen, vgl. Art. 1 Abs. 2 des BG über die Käsemarktordnung (Käsemarktordnung) (KMO) (SR 916.356.0).

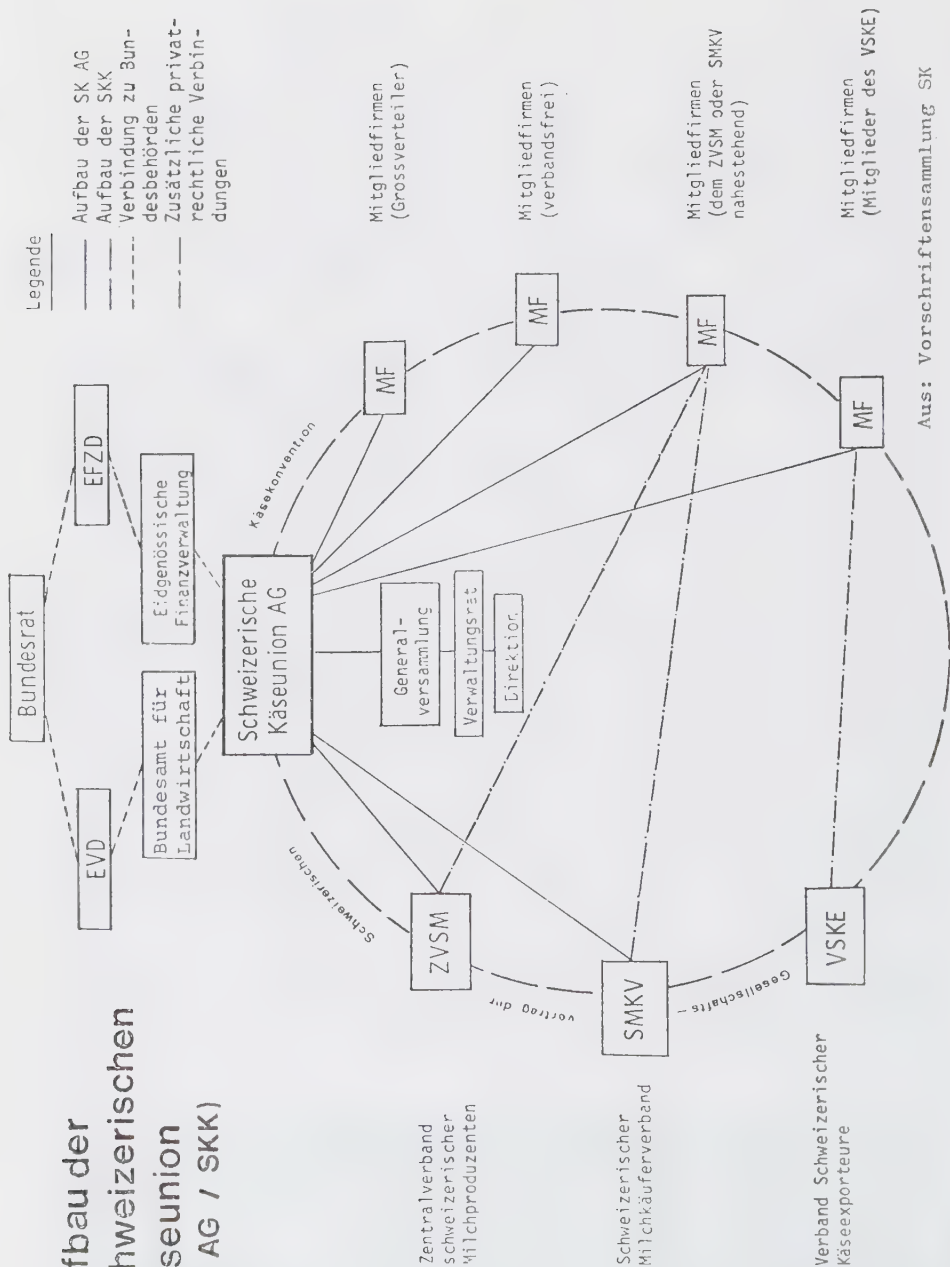
80 Art. 1 des Reglements der Schweizerischen Käseunion über die Mitgliedschaft (SR 916.356.02). An der Käsekonvention ist zusätzlich der Käseexporteurverband beteiligt (vgl. Diagramm S. 46).

81 Grundlage ist die BOTSCHAFT KMO, 1034 ff. und 1048 ff.

82 Entwürfe von 1966 und 1967.

83 Ausser von den Organisationen der Konsumenten und einem Teil der Arbeitnehmerverbände sowie einer Minderheit von Kantonen.

Aufbau der Schweizerischen Käseunion (SK AG / SKK)



Dieser Konzeption entsprechend liegt die nähere Ausgestaltung der “gemeinsamen Organisation” ebenso wie der Käsemarktordnung – im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften – bei den Beteiligten.⁸⁴ Bei der Käseunion ist der *Verwaltungsrat*, in dem zehn Mitglieder des Käseexporteurverbands, zehn Vertreter des ZVSM und vier Mitglieder aus den Kreisen des Milchkäuferverbands und der Grossverteiler sitzen, das entscheidende Organ.⁸⁵ Er hat denn auch in eigener Regie das Reglement über Annahme, Klassierung und Taxation der Käse oder jenes über die Straf- und Schlichtungskommission erlassen.⁸⁶ Bei den Reglementen über die Organisation der Käseunion, über die Mitgliedschaft und über die Warenzuteilung ist dem *Bundesrat* die Genehmigung vorbehalten. Dieser hat zudem die Wahl von *Geschäftsleitung* und *Präsident* (des Verwaltungsrats) der Käseunion zu bestätigen,⁸⁷ in deren Kompetenz gemäss Gesetz der Erlass der Vermarktungsregeln liegt⁸⁸. An den Sitzungen der Gesellschaftsorgane nehmen *Vertreter des Bundes* mit beratender Stimme teil. Sie können gegen Beschlüsse, die den Zielsetzungen der Käsemarktordnung widersprechen, Einspruch erheben. Innerhalb eines Monats soll darauf eine neue Lösung gesucht werden. Nötigenfalls kann die zuständige Behörde eine verbindliche Weisung erlassen. Bleibt sie untätig, lebt der Beschluss der gemeinsamen Organisation wieder auf.⁸⁹ Diese Regelung beansprucht, dem Erfordernis von Flexibilität der Vermarktungsorganisation gleichermassen zu entsprechen wie dem Anspruch des Staates, das öffentliche Interesse geltend machen zu können.

Da die Käseunion als Kartell funktioniert, ist es von besonderer Bedeutung, wie die Mitgliedschaft in dieser Gesellschaft geregelt ist. Unbestritten ist die Beteiligung des ZVSM und des Milchkäuferverbandes (Käser). Trotz des Widerstands der gemeinsamen Organisation wurde für die Käsegrosshandelsfirmen das Prinzip der “bedingt offenen Türe” beibehalten: Sofern eine Firma Gewähr dafür bietet, die Zwecke der Käsemarktordnung rationell und zuverlässig zu fördern, hat sie einen klagbaren Anspruch auf Aufnahme in die Käseunion/Käsekonvention.⁹⁰ Das seit der Revision von 1969 geltende Prinzip der flexiblen Warenzuteilung anstelle der früheren Quoten- und Kontingentslösung sichert zudem eine angemessenere Behandlung der einzelnen Firmen.⁹¹

Das hier von der “gemeinsamen Organisation” skizzierte Bild zeigt sicherlich kein rein privates Gebilde. Bei der Wahl eines andern, stärker funktional bestimmten Abgrenzungskriteriums⁹² würde die Käseunion wohl dem öffentlichen Bereich

84 Art. 1 Abs. 3 KMO.

85 Art. 19 I. Satz der Statuten vom 15. Dezember 1972 in Verbindung mit Art. 8 (Befugnisse des Verwaltungsrats bzw. der Generalversammlung).

86 Vom 24. März 1977 bzw. 21. März 1974.

87 Art. 19 Abs. 2 KMO, vgl. SR 916.356.01 und 02.

88 Grundsätze der Käsevermarktung vom 1. Januar 1977 (in der AS nicht publiziert; nicht genehmigungspflichtig), aufgrund von Art. 6 KMO.

89 Art. 8 KMO.

90 Art. 2 KMO, vgl. im Detail SR 916.356.02.

91 Im einzelnen SR 916.356.01 Vgl. dazu BOTSCHAFT KMO, 1039 ff. und 1072 ff.

92 Vorn § 3 I.

zugeschlagen. Dafür sprächen etwa auch die vor allem dem ZVSM und dem Milchkäuferverband im Rahmen der Käsekonvention auferlegten umfangreichen Verpflichtungen,⁹³ die sicherstellen sollen, dass die Regelungen der Käseunion auch an der "Basis"⁹⁴ ihre Wirkung zeitigen.

93 Die einschlägigen Art. 7 und 8 des Gesellschaftsvertrags der Käsekonvention (vom 17. Dezember 1973) umfassen mehr als fünf Druckseiten!

94 Zur Erinnerung: Beim ZVSM sind die schliesslich angesprochenen Regelungsadressaten nicht die Verbandsmitglieder, sondern die Mitglieder der Sektionen des Zentralverbands.

3. TEIL:

Die Privaten als Rechtsetzer

§ 6 *Die Privaten in den einzelnen Phasen
des Rechtsetzungsprozesses**I. Bemerkungen zum Rechtsetzungsprozess im allgemeinen*

Rechtsetzung ist als Beispiel eines Entscheidungsprozesses zu verstehen.¹ Dabei werden – reduziert aufs Modellhafte – im Hinblick auf ein Ziel oder ein Zielbündel in zahlreichen Arbeitsschritten verschiedene Lösungsmöglichkeiten entworfen und überprüft und schliesslich mit der Entscheidung alle Varianten bis auf eine ausgeschieden. Der ausgewählten Variante wird – darin unterscheidet sich der Rechtsetzungsprozess von andern Entscheidungsprozessen – die Verbindlichkeit von Rechtsnormen verliehen.²

Wie jeder Entscheidungsprozess durchläuft Rechtsetzung verschiedene Phasen, die untereinander interdependent sind; das bedeutet, dass alle Prozesskomponenten unverzichtbar sind.³ Logisch zu unterscheiden sind Initiative, Entscheidungsgestaltung und Entscheidungsfällung.⁴ Während des ganzen Prozesses stehen “Entscheide über die Entscheide” an, steht die Frage im Raum, ob überhaupt Veränderungen erwünscht und möglich sind und allenfalls in welcher Richtung: In jeder Phase sind vorerst “Eintretensentscheide” zu fällen, die bei einem bestimmten Projekt auch zum Resultat führen können, dass *nicht* geregelt werden soll. Mündet der Rechtsetzungsprozess jedoch in einen positiven Entscheid über eine Vorlage aus, so wird der Erlass anschliessend formell publiziert und in Kraft gesetzt.

Das Resultat des Rechtsetzungsprozesses kann verschiedene Formen annehmen, nämlich als Verfassungsnorm, als Gesetz oder Verordnung erscheinen. Für diese verschiedenen Rechtsformen bestehen unterschiedliche Verfahren. Dadurch dass jeder Rechtsform ein bestimmtes Verfahren – oder jedem Verfahren eine bestimmte Rechtsform? – zugeordnet ist, sind “Verfahren” und “Rechtsform” im Prinzip korrelative Begriffe geworden.⁵ Ist am Rechtsetzungsprozess das Parlament nicht beteiligt, wie in den dieser Arbeit zugrundegelegten Fällen, so kann das Ergebnis nur Verordnungscharakter haben: Denn die Mitwirkung der Bundesversammlung beim Erlass von Bundesgesetzen und Verfassungsnormen⁶ ist zwingend vorgeschrie-

1 Statt vieler: MEIER, Kooperation, 13; METRAUX, Rechtssetzung, 77 ff.

2 MEIER, Kooperation, 13.

3 MEIER, Kooperation, 13.

4 MEIER, Kooperation, 14.

5 EICHENBERGER, Rechtssetzungsverfahren, 9a.

6 Ausser bei der formulierten Volksinitiative auf Verfassungsänderung, Art. 27 Abs. 6 GVG.

ben. Dazu tritt eventuell das Volk, fakultativ beim Bundesgesetz und zusammen mit den Ständen obligatorisch bei Verfassungsnormen.⁷

Am Rechtsetzungsprozess auf Bundesebene sind verschiedene Akteure in unterschiedlicher Art beteiligt. Während den einen aufgrund verfassungsrechtlicher Bestimmungen Antrags-, Beratungs- oder Entscheidungsrechte zustehen,⁸ nehmen andere vor allem faktischen Einfluss auf die Willensbildung.⁹ In der Praxis ist für das Zustandekommen von Lösungen ein Zusammenwirken von Staatsorganen mit verschiedenen gesellschaftlichen Kräften¹⁰ in den meisten Fällen unumgänglich.

Jene Prozesskomponenten, denen vor allem förmliche Bedeutung zukommt, nämlich Initiative und Entscheidfällung, sind für Gesetzes- und Verfassungserlasse im wesentlichen durch die BV normiert. Die zeitlich dazwischen liegende, sie verbindende inhaltliche Gestaltung ist dagegen schwieriger durch Regeln zu erfassen, die denn auch in erster Linie die Rollenverteilung und das Vorgehen betreffen. Das Prozedere für die parlamentarische Phase der Inhaltgebung ist seit langem im Geschäftsverkehrsgesetz (GVG) und in den Geschäftsreglementen beider Räte geordnet,¹¹ während der nichtparlamentarische Bereich erst in den letzten Jahren einen festeren Rahmen erhalten hat.¹²

Von "nur formellen" Regeln über die Inhaltgebung zu reden, wäre falsch: Die Verfahrensvorschriften für die parlamentarische Phase sollen ja einen geordneten Ablauf der Vorbereitung und Durchführung der Beratung von Ratsgeschäften auch um der demokratisch abgestützten "Richtigkeit" des Inhalts wegen sichern. Der öffentliche Diskurs und Entscheid – das Gegenüberstellen und Abwägen von Argumenten, das öffentliche und kontrollierte Formulieren – innerhalb eines das Volk repräsentierenden, ihm verantwortlichen Gremiums vermitteln den Rechtserlassen Legitimation.¹³

Die Inhaltgebung hat sich jedoch im Verlauf der Zeit stark in den vor- und ausserparlamentarischen und damit nichtöffentlichen Bereich verlagert: Zum einen haben die "gesetzgeberischen Vorarbeiten"¹⁴ innerhalb der Verwaltung selbst und durch

7 Art. 89, Art. 89bis, Art. 123 BV.

8 Z.B. der Bundesversammlung, dem Bundesrat, den Kantonen und zum Teil Verbänden.

9 Z.B. Parteien, Verbände, berufene Experten, Medien.

10 Dafür scheint sich der (an und für sich unkorrekte) Ausdruck "soziologische Legislativkräfte" eingebürgert zu haben.

11 SR 171.11 und SR 171.13 sowie 171.14.

12 Vgl. die Richtlinien des Bundesrates über das Vorverfahren der Gesetzgebung von 1970 (RL-VV), die Richtlinien der Bundeskanzlei für die Vorbereitung und Erledigung der Bundesratsgeschäfte von 1972 (RL-BRG), die Richtlinien der Gesetzestechnik (Bundeskanzlei/EJPD) von 1976 (RL-GT) und die Richtlinien zu den ausserparlamentarischen Kommissionen von 1974 (RL-APK).

13 Ausführlich dazu JÜRGEN HABERMAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 10. A. 1979, Darmstadt/Neuwied; die Verbindung mit dem Konzept des Gesetzes leistete vor allem CHRISTIAN STARCK, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970; für die speziell schweizerische Situation vor allem LINDER, Legalität, III, sowie WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 130, 142.

14 Inwieweit mit dieser Bezeichnung (vgl. die oben in Anm. 12 genannten Richtlinien oder GROSSEN, Travaux préliminaires) nicht ein Euphemismus den Blick auf die tatsächliche Gewichtverteilung im Entscheidungsprozess verdeckt, kann hier offen bleiben.

den Einbezug von aussenstehenden Experten(kommissionen) und Interessen in der Vernehmlassung stetig an Gewicht gewonnen. Zum andern hat die aus dem Parlament ausgelagerte Verordnungsgebung nicht nur im Ausmass zugenommen; sie hat zusätzlich eine eigenständige Bedeutung, denn häufig enthalten Bundesgesetze aus verschiedenen Gründen nur allgemeine Formeln, die “verschiedenen Interessengruppen unterschiedliche Konkretisierungsvorstellungen gerade (belassen)”.¹⁵ Damit sind Veränderungen im Prozess der inhaltlichen Gestaltung von Rechtserlassen verbunden: Die im parlamentarischen Rahmen traditionellen “Spielregeln” und auch die an die Öffentlichkeit gerichteten argumentativen Überzeugungsstrategien verlieren an Bedeutung, wogegen vertragstypische Formen der Verhandlung und Ausmarchung im Stillen wichtiger werden.¹⁶ Als Gegengewicht dazu wurde dann eben auch das Vorverfahren von Gesetz- und Verordnungsgebung normiert und teilweise öffentlich gemacht. Es bleibt dennoch klar zu vermerken, dass Verordnungen gegenüber Gesetzes- und Verfassungserlassen in weit geringerem Masse öffentlich gerechtfertigt werden (müssen).¹⁷

Für das Zustandekommen *ausgelagerter* Rechtsetzung bestehen keine allgemeinen Regeln. Im folgenden Abschnitt soll deshalb geschildert werden, wie diese besonderen Prozesse aussehen. Mit “ausgelagerter Rechtsetzung” ist jene Rechtsetzung gemeint, die zwar von “Privaten” (im Sinne der in § 3 getroffenen Abgrenzung) erlassen wird, aber – was in § 8 näher zu umschreiben ist – als Verordnung wirkt.

II. *Die Rollen von Staat und Privaten in den einzelnen Phasen ausgelagerter Rechtsetzung*

A. Initiative¹⁸

Die Möglichkeit, einen Rechtsetzungsprozess verbindlich anzuregen bzw. in Gang zu setzen, steht Privaten auf Bundesebene de lege lata nur in Form der Volksinitiative auf Partial- oder Totalrevision der Bundesverfassung zu.¹⁹ Für Projekte, die als Gesetze oder Verordnungen verwirklicht werden, bieten sich lediglich²⁰ indirekte Wege

15 LINDER, Legalität, III. Vgl. auch WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 141, sowie den Aufsatz von ANDREAS AUER, Les détours du “retour à la démocratie directe”: Le droit fédéral d’urgence 1971–1975, Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes, Genf 1976.

16 Eingehend NEIDHART, Plebiszit, passim; WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 130 ff.

17 ACKERMANN, Verordnungsrechtssetzung, geht anhand konkreter Entscheidungsprozesse im Bereich des Umweltschutzes auf die Problematik ein. Vgl. dazu auch hinten § 13 III B.

18 Es braucht hier nicht nach Initiativbegehrens- und eigentlichem Initiativrecht (FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 751; MEIER, Kooperation, 27 ff.) unterschieden zu werden.

19 MEIER, Kooperation, 27 ff., geht im einzelnen auf die verschiedenen Initiativmöglichkeiten ein.

20 Damit soll die Bedeutung und Wirksamkeit indirekter Anstösse keineswegs verkannt werden. Vgl. etwa MEIER, Kooperation, 23 ff., zu den “Impulsen zur Rechtsetzung”.

an, vor allem über die Einflussnahme auf Parlamentarier oder die zuständigen Verwaltungsstellen. Weil Private Rechtsetzungsaufgaben ausschliesslich auf Verordnungsebene wahrnehmen, könnte geschlossen werden, dass die Frage nach einem Initiativrecht dieser Kompetenzträger nicht sinnvoll sei. Es gilt jedoch zu differenzieren. Dabei ist davon auszugehen, dass allgemeine Rechte der Privaten zur Beteiligung an Rechtssetzungsentscheiden – dass also eine verfassungspolitische Grundsatzentscheidung zugunsten der Einbeziehung und Einbindung etwa der Verbände – unserer Rechtsordnung trotz der grossen faktischen Bedeutung solcher Organisationen fremd sind;²¹ Mitwirkungsmöglichkeiten und -pflichten beruhen immer auf einzelgesetzlichen Grundlagen.²²

Wo Privaten im Sinne einer Delegation Rechtsetzungsaufträge, wie etwa zum Erlass des Sicherheitszeichen-Reglements (Beispiel E) erteilt werden, führt die Frage nach dem Initiativrecht vorerst tatsächlich nicht weiter. Der Anstoss zur Rechtsetzung geht in diesen Fällen ja immer vom Staat aus: Ohne die staatliche Kompetenzzuweisung stünde Privaten keine Normierungshoheit zu. Hier kann deshalb von einem Recht von Verbänden beispielsweise, die Regelung eines bestimmten Problems verbindlich einzuleiten, keine Rede sein. Anders sieht es mit der Initiative zur *Revision* von Regelungen aus, die von beauftragten privaten Organen erlassen wurden. Denkbar wäre eine Berechtigung oder auch Verpflichtung privater Kompetenzträger, ihre Regelungen – nach einem bestimmten Zeitraum oder beim Eintritt gewisser Bedingungen – anzupassen oder zumindest zu überprüfen. Dieses Problem soll hier nicht unter dem Aspekt des Verfahrens, sondern zusammen mit dem Spielraum der Privaten bei der inhaltlichen Gestaltung ihrer Erlasse behandelt werden.²³

Wo Privaten nicht Rechtsetzungsaufträge erteilt, sondern für ihre Regelungen Hoheitsrechte verliehen werden,²⁴ wie mit der Genehmigung von Sicherheitsnormen (Beispiel H) oder bei der AVE von Kollektivverträgen (Beispiel B), ist die Frage nach dem Initiativrecht ebenfalls nur beschränkt sinnvoll. Als Vertrag oder Verbandsnorm gültige Regelungen können die Privaten selbstverständlich jederzeit erlassen; die Initiative zur Normierung geht ausnahmslos von den Kontrahenten eines Kollektivvertrages aus.²⁵ Um für diese Regelungen allgemeine Verbindlichkeit zu erlangen, müssen sie jedoch einen Antrag bei der zuständigen Behörde stellen. Damit ergreifen sie aber nicht die Initiative zur Rechtsetzung: In diesem Moment muss ihre Regelung im Gegenteile schon ausgearbeitet vorliegen; ja sie hat möglicherweise schon längere Zeit – z.B. als verbandsinterne technische Norm nur die Parteien verpflichtend – bestanden.²⁶

21 Zur Ambivalenz dieser Situation – der rechtlichen Nichterfassung der “existentiellen Repräsentation” – vgl. LINDER, Legalität, I F 2b.cc am Schluss; hinten § 11 I, IV.

22 Dazu auch hinten § 14 II A.

23 Hinten 3b.

24 Zu dieser Unterscheidung vgl. hinten § 7 II.

25 HAUSHEER, AVE, 336 ff.

26 GIGER, Mitwirkung, 148, betrachtet diese Situation anders und spricht von einem ausschliesslichen Recht der Verbände auf Verordnungsinitiative.

Ein einzelner Fall eines privaten Initiativrechts – eine Besonderheit eigentlich – ist in diesem Zusammenhang zum Abschluss noch zu erwähnen. Lehrmeister haben neuerdings im allgemeinen eine didaktische Ausbildung zu absolvieren; dass sie zusätzlich auch die Berufs- oder höhere Fachprüfung bestanden haben müssen, kann das BIGA nur auf Antrag des entsprechenden Berufsverbandes vorschreiben (Beispiel D).²⁷ Hier liegt das Initiativrecht also tatsächlich ausnahmsweise bei Privaten;²⁸ die Behörde kann von sich aus nicht festlegen, dass Personen, die Lehrlinge ausbilden wollen, zusätzliche formale Qualifikationen vorweisen müssen. Dies ist insofern verständlich, als die Ordnung der Berufs- und höheren Fachprüfungen weitgehend in den Händen der Verbände liegt. Gesetz und Verordnung regeln nur die formellen Mindestanforderungen, denen die Reglemente genügen müssen, um vom BIGA genehmigt zu werden.²⁹ Ob überhaupt solche Prüfungen durchgeführt werden, entscheidet jedoch nicht der Staat. Er soll daher auch nicht von sich aus vorschreiben können, dass sich Lehrmeister über besondere Berufsdiplome ausweisen müssen.

B. Inhaltgebung

1. Allgemeines

Die Initiative ist zwar unabdingbare Komponente des Rechtsetzungsprozesses. Sie hat aber einen in erster Linie förmlichen Charakter: Sie bringt den Entscheidungsprozess in Gang. Inhaltliche Vorgaben dürften bei Verordnungen³⁰ weniger der Initiative als dem übergeordneten Gesetz zu entnehmen sein. Die Phase der inhaltlichen Gestaltung einer Regelung beansprucht ohne Zweifel den weitaus grössten Aufwand an Zeit und Arbeit und materiell das grösste Gewicht innerhalb des Rechtsetzungsprozesses. Deshalb meint MEIER sogar: "Für den Entscheidungsprozess ist es wesentlicher, wer an ihm wie weit beteiligt ist, als wer den Entscheid letztlich fällt."³¹

Modellhaft betrachtet beginnt die Inhaltgebung mit der Problemanalyse, dem Sammeln von Entscheidungsgrundlagen (zu denen auch die gesetzlichen Vorgaben gehören) und der Prüfung erster Grobvarianten. Im Laufe der Entwicklung einer Lösung werden inadäquate Modelle ausgeschieden und für die positiv bewerteten Varianten in weiteren Evaluationsschritten Detaillösungen gesucht. Diese Phase findet ihr Ende erst zu dem Zeitpunkt, wo der Entscheid in Form eines einfachen Ja oder Nein fallen kann.³² Solange am Entscheidungsinhalt Veränderungen vorgenom-

27 Art. 10 Abs. 3 BBG und Art. 9 BBV.

28 Dagegen ist in Art. 14 Abs. 1 BBV kein Antragsrecht statuiert, wenn es heisst: Verbände, "die am Erlass oder an der Revision eines Ausbildungsreglementes interessiert sind, setzen sich mit dem Bundesamt vor Erstellung eines Entwurfs in Verbindung".

29 Art. 51–57 BBG und Art. 44–50 BBV.

30 Anders z.B. bei Verfassungsinitiativen.

31 MEIER, Kooperation, 16.

32 MEIER, Kooperation, 14 f.

men werden, befindet sich das Projekt noch in der Gestaltungsphase. Dies gilt auch für den Fall, wo der Entscheidungsträger selber noch inhaltliche Eingriffe vornimmt, wenn also beispielsweise in der parlamentarischen Detailberatung Alternativen zur bundesrätlichen und von den Kommissionen behandelten Vorlage durchschlagen.

Bei der ordentlichen Rechtsetzung hat im Normalfall die Exekutive den Hauptanteil an der Gestaltungsarbeit.³³ Die Verantwortung für den Inhalt von Verordnungen trägt sie allein; bei Gesetzes- und Verfassungsvorlagen hat sie zwar gegenüber dem Parlament "nur" vorbereitende Aufgaben, doch deutet vieles auf einen faktisch weit bedeutsameren Einfluss der Bundesratsvorlage.³⁴ In den meisten Fällen haben aber auch zahlreiche weitere Kräfte auf das Projekt wesentlichen Einfluss genommen – von der Exekutive als Experten um Beratung ersucht bzw. als Interessierte (Kantone, Verbände usw.) zur Stellungnahme eingeladen oder von sich aus um Berücksichtigung bemüht usw.³⁵ Wenn Private mit Rechtsetzungsbefugnissen ausgestattet sind, betrifft dies hauptsächlich die Zuständigkeit, bestimmte Erlasse in eigener Regie inhaltlich zu gestalten, also Lösungsmodelle nicht nur vorzuschlagen und zu entwerfen, sondern auch zu überprüfen und auszuwählen.

2. Verfahren

Die ausserparlamentarische Bearbeitung von Rechtsetzungsprojekten ist in den Richtlinien des Bundesrates zum Vorverfahren der Gesetzgebung (RL-VV) geregelt. Zuge schnitten auf die Produktion von Gesetzen, sind diese Verfahrensregeln grundsätzlich sinngemäss auch beim Erlass von Verordnungen zu beachten.³⁶ Sie enthalten jedoch keine Hinweise auf den Fall der ausgelagerten Rechtsetzung und werden auf diese auch nicht angewendet. Verschiedene der speziellen delegierenden Erlasse weisen dafür vereinzelte Bestimmungen über die Zuständigkeiten oder zum einzuschlagenden Verfahren auf. So verpflichtet z.B. die Käsemarktordnung die für die Regelung zuständigen Organe der Käseunion (Beispiel K), vor dem Aufstellen der Vermarktungsgrundsätze die "Beteiligten" anzuhören.³⁷ Ähnliche Auflagen, die Meinungen der Betroffenen einzuholen "und nach Möglichkeit zu berücksichtigen" werden u.a. den Gesellschaften gemacht, die Urheberrechte verwerten und dazu Tarife festsetzen (Beispiel C).³⁸ Die meisten Bestimmungen, die dem ZVSM (Bei-

33 Statt vieler: MEIER, Kooperation, 37 ff., und schon EICHENBERGER, Oberste Gewalt, 141 ff. und 151 ff.

34 Vgl. vor allem NEIDHART, Plebiszit, sowie die andern in Anm. 6 von § 4 zitierten Autoren zur vorparlamentarischen Phase.

35 Dass die Rollen als Experten und Interessierte zu wenig sauberlich getrennt werden, hat HANS TSCHÄNI im TA vom 1. Juni 1981 zur Mahnung "Vorkauen ist unappetitlich" veranlasst und WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 139, zur Feststellung, dass die Verbände nicht nur "begrüsst" werden, sondern in Wirklichkeit "auch nach der Begrüssung im Verfahren sitzen" bleiben.

36 Gemäss Ziff. 24–27 RL-VV. VPB 44.28 Ziff. 4.

37 Art. 6 KMO. Es geht dabei nur um die Käseunion-Mitglieder.

38 Art. 9 URVV. Die Schiedskommission überprüft diese nach ständiger Praxis nur noch auf

spiel K) Regelungskompetenzen übertragen, enthalten keine Vorschriften über die Willensbildung.³⁹ Deshalb richtet es sich nach den Verbandsstatuten, welches Organ innerhalb des Genossenschaftsverbandes zuständig ist, wogegen die Kompetenz zum Erlass der Vermarktungsregeln für Käse der Geschäftsleitung der Käseunion im Gesetz zugeteilt wird (Beispiel K). Die Starkstromverordnung wiederum äussert sich zum Entscheidungsverfahren innerhalb des SEV (Beispiel E) überhaupt nicht.⁴¹ Der Verein gab sich jedoch selber in Art. 7 SZR für das Aufstellen der "Vorschriften" – der konkretisierenden Sicherheitsbestimmungen – detaillierte Regeln, die Interessierten ähnliche Möglichkeiten eröffnen wie das staatliche Verfahren.⁴² Den Berufs- und Fachorganisationen bzw. den Versicherungsgesellschaften schliesslich steht es frei, wie sie zu ihren Regelungen (GAV, Diplomreglemente, Tarife, Lebensmittelbuch, Sicherheitsnormen: Beispiele B, D, F, G und H) kommen. Das AVEG (Beispiel B) setzt dafür eine Art Quorum voraus, nämlich dass die Vertragsparteien grundsätzlich in qualifizierter Form⁴³ die Mehrheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern der Branche vertreten.

Dieser kurze Überblick zeigt, wie rudimentär Zuständigkeiten und Verfahren bei der ausgelagerten Rechtsetzung vom Staat geregelt sind. Die Vermutung liegt nahe, dass der Gesetzgeber nur legifizierte, wo er neuralgische Punkte kannte oder vermutete, und dann Massnahmen anordnete, die er auf den einzelnen Fall abzustimmen suchte. Das Beispiel des AVEG weist darauf hin, dass neben dem Aufstellen von Verfahrensvorschriften auch z.B. über einen Minderheitenschutz eine Legitimationsbasis für Erlasse Privater geschaffen werden kann.⁴⁴

Im 2. TEIL, vorne bei der Darstellung der Kompetenzträger, finden sich Exempel dafür, wie die ausgelagerten Regelungen entstehen. Weil das Verfahren zur Inhaltgebung nicht umfassend, sondern nur in einzelnen Punkten vorgeschrieben ist, gibt es *den* Prozess ausgelagerter Rechtsetzung nicht. Stattdessen sehen wir eine ganze Palette von Möglichkeiten, eine Regelung zu erarbeiten: Quasi-gesetzgeberische Verfahren, gekennzeichnet durch einseitigen Erlass nach vorangehender Anhörung auch interessierter Aussenstehender (SUISA-Tarife, SEV-"Vorschriften", Normen der SNV-Mitglieder), stehen da neben den verschiedenen vom Zivilrecht angebotenen

Willkür hin, vgl. SCHIEDSKOMMISSION, Entscheide, 5 (D/4. September 1941); dabei leisten ihr die nach Art. 1 Abs. 2 des Reglements (SR 231.22) einzureichenden Unterlagen der SUISA wichtige Dienste.

39 Vgl. z.B. Art. 8 und 15 der V zum MB (SR 916.181.1) oder Art. 1 KfV. Art. 9 der V über die abgestufte Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen (SR 916.351.2) verpflichtet dagegen den ZVSM, die interessierten milchwirtschaftlichen Kreise anzuhören.

40 Art. 19 Abs. 2 lit. c KMO.

41 Art. 121quater StStV.

42 Vgl. Zitat vorn Beispiel E.

43 "Am Gesamtarbeitsvertrag müssen mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt werden soll, beteiligt sein. Die beteiligten Arbeitgeber müssen überdies mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer beschäftigen. Ausnahmsweise ..." Art. 2 Ziff. 3 AVEG.

44 Vgl. dazu auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur berufsständischen Ordnung des Facharztwesens (BVerfGE 33, 125 ff.); LINDER, Legalität, I F 3d. Dazu ausführlich hinten § 14.

Modellen, nach denen innerhalb eines Verbandes oder einer Gesellschaft ein Entscheid gefällt werden kann (ZVSM-Erlasse, ein Teil der Reglemente in der Berufsbildung, Käseunion-Regelungen) und bi- oder multilateralen Vereinbarungen (Kollektivverträge, MHV-Tarife). Insgesamt überwiegen dabei die privatrechtlichen Entscheidungsformen.⁴⁵

3. Gestaltungsspielraum

a. Zum Inhalt der ausgelagerten Rechtsetzung

Inhaltliche Vorgaben⁴⁶ für die Kompetenzen etwa des SEV, der andern technischen Fachorganisationen oder der Verwertungsgesellschaften für Urheberrechte beschränken sich auf die von den entsprechenden Gesetzen angestrebten allgemeinen Ziele: Sicherheit im (elektro) technischen Bereich zu garantieren bzw. den Urhebern angemessenes Entgelt für die Aufführungserlaubnis zu verschaffen. Die zweckmässigen Massnahmen zu treffen, wird den beauftragten Fachorganisationen überlassen; allenfalls sind, wie wir gesehen haben, zusätzlich verfahrensmässige Sicherungen in Form beispielsweise von Vernehmlassungsverpflichtungen eingebaut. Inwieweit aber im technischen Bereich neben der Sicherheit andere Gesichtspunkte (z.B. wirtschaftlicher Art) berücksichtigt werden (sollen), wird nicht thematisiert. Weil die zuständige Fachorganisation des Käsemarktes (Beispiel K) die ihr übertragenen Aufgaben früher nicht durchwegs im Sinne des Gesetzgebers erfüllte, wurden ins Gesetz bestimmte allgemeine Leitlinien⁴⁷ für die Regelungen der Käseunion aufgenommen und als Genehmigungsbehörde nicht eine Verwaltungsstelle, sondern der Bundesrat selber eingesetzt. Dabei musste jedoch der privaten Gesellschaft ein so weiter Spielraum gewahrt bleiben, dass die Vorteile der gewählten Organisationsform – Marktorientierung statt Verwaltung – nicht aufgehoben wurden.⁴⁸ Die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherer (Beispiel F) haben dagegen einen präzis gesteckten Rahmen zu beachten. Er wird zum einen durch Ordnungsbestimmungen über die für die Tarifberechnung relevanten statistischen Grössen und zum andern bei der Überprüfung der Tarife auf ihre Risiko- und Kostengerechtigkeit im Genehmigungsverfahren ausgefüllt.⁴⁹ Für die Diplomreglemente im Bereich der Berufsbildung (Beispiel D) finden sich im Gesetz vor allem formale Richtlinien: Sie legen fest, welche Punkte

45 Zum Verhältnis von Gesetz und Vertrag sowie zum "Vertragsmechanismus als Richtigkeitsgewähr" (HAUSHEER, AVE, 261) vgl. hinten § 7 II A und § 11 III B, C.

46 Zur gesetzgeberischen Vorzeichnung ausführlich hinten § 13 II B.

47 Art. 6 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 KMO (Bindung an die Ziele der Käsemarktordnung); Art. 5 (Verpflichtung u.a. zu Massnahmen, die aus "sachlichen oder technischen Gründen gerechtfertigt" sein müssen); Art. 2 (Prinzip der bedingt offenen Tür). Vgl. auch BOTSCHAFT KMO, 1038 ff. und 1088.

48 ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 3,4.2.1.

49 Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 7 Abs. 1 VMHV.

(z.B. Zusammensetzung der Prüfungskommission, Zulassungsbedingungen, Prüfungsfächer und -stoff usw.) geregelt werden müssen.⁵⁰ Die Zielformulierung – der Diplomhaber soll die Stellung eines Vorgesetzten bekleiden oder einen Betrieb selbstständig führen bzw. im Beruf “höheren Anforderungen genügen” können⁵¹ – ist weitaus ausfüllungsbedürftiger als im Fall der Versicherungstarife. Im übrigen erfahren diese Reglemente von der Genehmigungsbehörde nur eine oberflächliche Überprüfung.⁵² Genauer hat das zuständige Bundesamt Gesamtarbeitsverträge (Beispiel B) unter die Lupe zu nehmen: Sie dürfen gemäss Verfassung nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn sie Minderheitsinteressen und regionale Verschiedenheiten berücksichtigen und Rechtsgleichheit sowie Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigen. Zudem muss sich die AVE “wegen der (für die Vertragsparteien) andernfalls zu erwartenden Nachteile als notwendig erweisen”⁵³ und im Hinblick auf andere Interessen berechtigt sein.⁵⁴ Im übrigen sind nur die in Art. 357b OR genannten Vertragselemente einer AVE zugänglich.

Diese Beispiele zeigen, dass es bei der ausgelagerten Rechtsetzung vor allem um konkretisierende materielle Regelungen geht. Dabei besteht in manchen Fällen eine weitgehende Gestaltungsfreiheit, indem nur der Zweck vorbestimmt ist und/oder festgehalten wird, *dass* ein Gegenstand, aber auch nicht in Ansätzen *wie* er zu regeln ist. Im äusserst dicht und komplex normierten Bereich der Landwirtschaftspolitik hat der ZVSM (Beispiel K) – um diese Übersicht zu schliessen – öfter auch die Aufgabe, in Durchführungsbestimmungen die Anordnungen der verschiedenen Erlasse miteinander zu verknüpfen, die administrativen Belange zu regeln oder “Differenzbereinigungsverfahren” bzw. Sanktionen festzulegen,⁵⁵ also – in der üblichen Terminologie – Vollziehungsverordnungen zu erlassen.

b. Die Revision von Erlassen privater Organe

Oft verweist der Gesetzgeber die Regelung eines Problems auf die Verordnungsstufe, weil so eine flexiblere Anpassung an sich verändernde Erfordernisse vor allem technischer oder wirtschaftlicher Natur möglich ist. Sicherheitsbestimmungen oder Versicherungstarife sind typische Fälle von Regelungen, die sich gewandelten Verhältnissen anpassen sollten. Automatisch tun auch sie es jedoch nicht. Es stellt sich des-

50 Art. 45 BBV.

51 Art. 52 BBG.

52 ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2, 2; die Möglichkeit Dritter, gegen ein den Behörden vorgelegtes Reglement Einspruch zu erheben, bietet allerdings mindestens theoretisch ein auf dem Verfahrensweg verwirklichtes Korrektiv.

53 Die AVE soll nur eine subsidiäre Massnahme sein; die Behördenpraxis ist hier eher grosszügig, während die Verbände selbst Zurückhaltung üben: HAUSHEER, AVE, 330 f. und 340 f.

54 Art. 34ter Abs. 2 BV und Art. 2 AVEG.

55 Vgl. etwa die Anordnungen des ZVSM über die Ausrichtung von Siloverbotszulagen an die Verkehrsmilchproduzenten (SR 916.356.111) oder SR 916.351.22.

halb die Frage nach den Bedingungen für die Revision ausgelagerter Rechtsetzung oder anders: die Frage danach, inwieweit der Entscheid über die Neu-Gestaltung einer von Privaten erlassenen Regelung bei den nichtstaatlichen Organen liegt.

Die delegierenden Erlasse schweigen sich in der Regel darüber aus. Explizite Bestimmungen im Sinne jener, die die Schweizerische Milchkommission – die ja hier keine ausgelagerte Instanz darstellt – verpflichtet, ihr Milchlieferungsregulativ “den jeweiligen Verhältnissen anzupassen”,⁵⁶ finden sich keine. Verschiedene der privaten Kompetenzträger befristen jedoch ihre Erlasse zum vornherein oder sorgen verbandsintern für periodische Überprüfungen; so sind die Urheberrechtstarife und SNV-Normen grundsätzlich während fünf Jahren gültig, die allgemeinverbindlich erklärten GAV meist während drei Jahren. Die MHV-Tarife werden gemäss Verordnung aufgrund der statistischen Unterlagen jährlich überprüft und nötigenfalls angepasst. Im übrigen jedoch sind die privaten Regelungen unbefristet.

Für die staatlichen Organe bestehen vereinzelt formelle Einwirkungsmöglichkeiten. So kann der Bundesrat “nötigenfalls” durch Erlass einer Weisung in den Regelungsbereich der Käseunion eingreifen, was er auch schon getan hat.⁵⁷ Genügen die Normen technischer Verbände nach Ansicht der zuständigen Kommission den Anforderungen nicht, so kann diese dem Bundesrat subsidiär den Erlass einer entsprechenden Verordnung vorschlagen.⁵⁸

C. Entscheidung

1. Im allgemeinen

Für das Zustandekommen einer Regelung ist unter juristischen Gesichtspunkten die Phase der Entscheidung die entscheidende: Mit ihr wird der Rechtsetzungsprozess abgeschlossen und das Projekt aus dem unverbindlichen Entwurfsstadium hinübergeführt in den Zustand allgemeiner rechtlicher Verbindlichkeit.⁵⁹ Dem Gewicht dieses Aktes entsprechend sind Zuständigkeit und Verfahren für den ordentlichen Rechtsetzungsprozess detailliert geregelt, insbesondere für die Erlasse auf Gesetzes- und Verfassungsebene.⁶⁰ Die Entscheidung ist ein “punktuelle Akt”,⁶¹ bei dem auf die zur Diskussion stehende Vorlage kein inhaltlicher Einfluss mehr geltend gemacht wird. Die Grenze zwischen der Gestaltungs- und der Entscheidungsphase liegt

⁵⁶ Art. 3 Abs. 1 letzter Satz MB.

⁵⁷ Abänderung der Art. 11 und 15 Abs. 1 des Reglements über die Warenzuteilung (SR 916.356.01) aufgrund von Art. 19 Abs. 4 KMO. Analog: Art. 3 Abs. 1 der Statuten der Käseunion.

⁵⁸ Art. 3 Abs. 2 STEV.

⁵⁹ MEIER, Kooperation, 15. RUCH, Sachkunde, 223, hebt die Entscheidung, den Formalakt, als “Diskursbegrenzung” ab.

⁶⁰ Vgl. vor allem Art. 88–92 und 119–123 BV sowie Art. 12–21 und 34–36 GVG. Für Verordnungen vgl. die RL-BRG.

⁶¹ MEIER, Kooperation, 74.

für den Kompetenzbereich des Parlaments zwischen der Bereinigung einer Vorlage mit den dazu notwendigen Detailbeschlüssen und der gesamthaften, in beiden Kammern übereinstimmenden Schlussabstimmung.⁶² In gewissen Fällen ist für die Entscheidfällung ein Zusammenwirken verschiedener Organe notwendig. So sind z.B. Vorlagen, die die Verfassung abändern, bekanntlich Volk und Ständen zum Entscheid vorzulegen. Wo eine Vorlage dem Referendum untersteht, kommt der Schlussabstimmung der Räte formal nach MEIER⁶³ nur die Bedeutung einer endgültigen Bereinigung zu.

Wenn Private mit Rechtsetzungsaufgaben betraut werden, haben bei der Entscheidfällung besonders oft verschiedene Organe mitzuwirken, meistens in der Form, dass die Regelung der Privaten noch der Genehmigung durch Bundesbehörden bedarf, um rechtsverbindlich zu werden.⁶⁴ Im Sinne MEIERS betrachtet, liegt in einem solchen Fall die Entscheidung über den Erlass beim Staat und nicht bei den privaten Rechtsgestaltern.⁶⁵

Im Rahmen dieser Arbeit soll aber ein weiterer Begriff der Entscheidfällung verwendet werden: Er umfasst ausser der Verleihung der Rechtsverbindlichkeit auch den Schlussscheid über die inhaltliche Bereinigung. Auf den Erlass von Bundesgesetzen übertragen wäre die Bundesversammlung also im Gegensatz zur oben referierten logischen Abgrenzung auch Entscheidungsträger, wenn für ein Gesetz das Referendum verlangt wird – allerdings nur im Zusammenwirken mit dem Volk. Diese pragmatische Definition erweist sich aus zwei Gründen als angebracht: Sie nimmt die verfahrensmässige Interdependenz zur Kenntnis, die zwischen den privaten Kompetenzträgern und staatlichen Behörden besteht; statt der Teilung von Gewalt betont sie die Teilung der Verantwortung.⁶⁶ Sie drückt aber auch aus, dass ausgelagerte Rechtsetzung inhaltlich oft eine Kooperation im Hinblick auf die Lösung konkreter Probleme bedeutet.

2. Autonomer Entscheid der Privaten

In formeller Hinsicht ist die Kompetenz von Privaten dort am grössten, wo sie eine Regelung selbständig gestalten und auch rechtsverbindlich verabschieden können. Damit muss nicht auch ein grosser inhaltlicher Spielraum gegeben sein; unter Umständen kann die Entscheidungsfreiheit der Privaten durch Bestimmungen im delegierenden Erlass oder faktisch durch die speziellen Bedingungen der Problemlösung

62 MEIER, Kooperation, 75.

63 MEIER, Kooperation, 75.

64 Eine andere Form der Kooperation ist die Verpflichtung des privaten Kompetenzträgers, die Regelung "im Einvernehmen" mit andern Organisationen zu treffen; vgl. beispielsweise gewisse Erlasse in der Milchwirtschaft (Beispiel K).

65 Zur rechtlichen Bedeutung des Genehmigungsvorbehalts vgl. hinten § 8 II D.

66 Zu den *verschiedenen* Rollen von Privaten und Verwaltung und der Bedeutung des Genehmigungsverfahrens vgl. hinten § 14 III A, C.

stark beschränkt sein. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass bei einer Delegation an Private zu einem autonomen Entscheid die Verantwortung am stärksten verlagert wird, da keine direkte staatliche Kontrolle sie mitträgt.

Die Betrauung Privater mit Rechtsetzungsaufgaben ist innerhalb unserer Staatsordnung eine Ausnahme. Es wird daher nicht erstaunen, dass die weitestgehende Form – die Delegation zum selbständigen Entscheid – nicht häufig vorkommt. Der hauptsächliche Träger solcher Kompetenzen ist der ZVSM (Beispiel K). Er erlässt “Technische Vorschriften über die Durchführung der individuellen, abgestuften Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen”,⁶⁷ er trifft Anordnungen bezüglich Verbilligungsbeiträge an Käsesorten, die nicht bewirtschaftet sind;⁶⁸ er stellt das Schweizerische Rahmlieferungsreglement für Milchzentrifugenrahm im Einvernehmen mit dem Milchkäuferverband auf;⁶⁹ seine im Rahmen der VmV erteilten Weisungen und Anordnungen sind “von den Mitgliedern der Sektionen, von sämtlichen Milchkäufern und milchverwertenden Fabriken ... zu befolgen”.⁷⁰ Autonome Rechtsetzungskompetenzen hat als weiteres Organ aus dem Bereich der Milchbewirtschaftung die Geschäftsleitung der Käseunion (Beispiel K). Sie stellt im Rahmen des Gesetzes u.a. die Grundsätze der Vermarktung auf, die im Unterschied zu einem Teil der anderen Ausführungsvorschriften der Käseunion nicht der Genehmigung staatlicher Behörden bedürfen.⁷¹ Die von den Berufsverbänden auszuarbeitenden Modell-Lehrgänge (Beispiel D) sind ebenfalls keiner Genehmigung unterworfen.⁷²

Die Feststellung, dass Private selten befugt sind, ohne staatliche Kontrolle Regelungen zu erlassen, rechtfertigt einen kurzen Blick zurück zum § 3. Dort sind zur Eingrenzung der Untersuchung Einheiten behandelt worden, die aus der Zentralverwaltung ausgegliedert, aber mit hoheitlichen Kompetenzen ausgerüstet sind, wie z.B. Anstalten oder gewisse Kommissionen. Ein Vergleich zeigt, dass autonome Anstalten wie die SUVA oder die ETH im Gegensatz zu privaten mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen sich gerade dadurch auszeichnen, dass sie weitgehende Regelungsbefugnisse haben, die nicht der Genehmigung durch übergeordnete zentrale Behörden bedürfen. Zu denken ist etwa an die zahlreichen Reglemente, die die ETH in eigener Kompetenz erlässt,⁷³ oder an die Befugnisse der SUVA zur Ausgestaltung der Unfallversicherung und zum Erteilen von Weisungen.⁷⁴ Auch für die National-

67 SR 916.351.22 als Ausführungserlass der “Anordnungen über die individuelle, abgestufte Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen” des ZVSM (SR 916.351.21), die vom EVD genehmigt sind und die V über die abgestufte Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen (SR 916.351.2) konkretisieren.

68 Art. 8 Abs. 7 MKV.

69 SR 916.351.31.

70 Art. 2 Abs. 2 VmV. Vgl. auch hinten § 12 II B zu VPB 35.100.

71 Art. 6 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 KMO. Nicht der Genehmigung unterworfen im weiteren: Reglement über Annahme, Klassierung und Taxation der Käse (24. März 77); Reglement über die Prüfung der technischen Branchenkenntnisse (26. Januar 1973); Detailbestimmungen über die Warenzuteilung (23. November 1972) usw.

72 Art. 17 BBG, 17 BBV.

73 Vorn § 3 Anm. 13.

74 Art. 44 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 2 KUVG (Beispiel I).

bank ist es charakteristisch, dass sie die Ausführungsbestimmungen zur Gesetzgebung in eigener Verantwortung formuliert.⁷⁵ Würde sie nicht als – zwar mit recht weitgehender Unabhängigkeit ausgestatteter – Teil der staatlichen Organisation verstanden, wären sicherlich stärkere Kontrollen eingebaut worden, da ihre Aufgaben eindeutig öffentlich sind. Auch für die Kommissionen, denen Regelungsaufgaben übertragen wurden, gelten ähnliche Überlegungen. Die Tatsache, dass ihre Reglemente⁷⁶ zum Teil keiner Genehmigung durch ordentliche Behörden bedürfen, weist darauf hin, dass sie der staatlichen Verwaltung selbst zuzuordnen sind.

3. Entscheid vorbehaltlich Genehmigung durch staatliche Behörden

In den weitaus meisten Fällen von Regelungsbefugnissen Privater kommt es bei der Entscheidfällung zu einem Zusammenwirken von Privaten mit staatlichen Behörden.⁷⁷ Dabei ist im allgemeinen vorgesehen, dass die Ausgestaltung und inhaltliche Bereinigung der Vorlage in den Händen der privaten Kompetenzträger liegt, für das Erlangen der Rechtsverbindlichkeit aber die Genehmigung der zuständigen Behörde – eines Bundesamtes, Departementes oder des Bundesrates – erforderlich ist.⁷⁸ So haben die Verbände ihre Reglemente in Sachen Berufsbildung (Beispiel D) dem Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) und der ZVSM sowie die Käseunion (Beispiel K) die meisten Ausführungserlasse dem Bundesamt für Landwirtschaft vorzulegen.⁷⁹ Die allgemeinverbindlichen Tarife für die MHV (Beispiel F) sind vom Bundesamt für Privatversicherungswesen (BPV) zu überprüfen.⁸⁰ Zuständig für die Genehmigung des Sicherheitszeichen-Reglementes (Beispiel E) ist das Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement (EVED),⁸¹ und die von Fachverbänden ausgearbeiteten technischen Normen können durch Genehmigung des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) zu Rechtsregeln erhoben werden.⁸² Der Bundesrat schliesslich befasst sich mit der Genehmigung der Reglemente der Käseunion (Beispiel K) über die Mitgliedschaft und die Warenzuteilung an Mitgliedfirmen⁸³ sowie der AVE von Gesamtarbeitsverträgen (Beispiel B).⁸⁴

75 Art. 16i Abs. 2 NBG (Beispiel L).

76 Vgl. SR 952.711 und 952.715 (Beispiel M).

77 Vereinzelt ist auch ein Zusammenwirken verschiedener privater Organisationen bei der Entscheidfällung vorausgesetzt.

78 Bei der Genehmigung geht es also im Prinzip nicht mehr um Inhaltgebung.

79 Art. 16 Abs. 5 und Art. 42 sowie Art. 51 Abs. 2 BBG (Beispiel D); die Erlasse SR 916.350.181.13, SR 916.350.181.15, SR 916.351.21, SR 916.356.111, SR 916.356.114, SR 916.356.115, SR 916.356.14 (Beispiel K).

80 Art. 7 Abs. 1 VMHV.

81 Art. 121quater StStV.

82 Art. 4 Abs. 1 lit. c STEG.

83 Art. 19 Abs. 2 lit. b KMO.

84 Art. 7 Abs. 1 AVEG.

Dass sich der Bundesrat selber mit der Überprüfung einer Regelung befasst, die von Privaten ausgearbeitet wurde, ist als Ausnahme zu betrachten: Dem "technischen" und äusserst detaillierten Charakter des Hauptteils der ausgelagerten Rechtsetzung entspricht es eher, von spezialisierten Verwaltungsstellen und nicht der politischen Verwaltungsspitze kontrolliert und genehmigt zu werden. Die besondere Aufmerksamkeit, mit der die erwähnten Regelungen der Käseunion bedacht werden, ist einerseits auf die Umstrittenheit der Aktivitäten dieser Gesellschaft zurückzuführen.⁸⁵ Andererseits geht es hier wie bei der AVE von Gesamtarbeitsverträgen in besonders exponierten, "politischen" Bereichen um das Wegbedingen der (von der Verfassung prinzipiell geschützten) Marktmechanismen. Damit erhalten solche Regelungen einen politischen Stellenwert, der ihre Genehmigung aus dem Kompetenzbereich untergeordneter Verwaltungsstellen heraushebt.

Eine Besonderheit findet sich sodann im URVG, das die SUIA-Tarife nicht der Genehmigung des Bundesamtes für geistiges Eigentum unterstellt, sondern eine spezielle Schiedskommission⁸⁶ mit Vertretern der interessierten Kreise⁸⁷ zuständig erklärt. Solche Schiedskommissionen bestehen in verschiedenen Bereichen und gehören mit den Rekurskommissionen zu den Spezialverwaltungsgerichten.⁸⁸ Sie stehen ausserhalb der Verwaltung, sind aber als staatliche Stellen, als Behörden, zu betrachten.

Mit dem Genehmigungsvorbehalt ist die Möglichkeit verbunden, dass die zuständige staatliche Stelle mit der zu überprüfenden Regelung von Privaten – aus welchen Gründen auch immer – nicht einverstanden sein könnte. Dies ist dort weniger problematisch, wo die Privaten von sich aus normieren (GAV, technische Normen);⁸⁹ wird solchen Regelungen die Genehmigung versagt, bleiben sie eben als private Vereinbarungen bestehen, denen kein Hoheitscharakter zukommt.⁹⁰ Liegt aber eine Rechtsetzungsdelegation vor (etwa zum Erlass des SZR), bedeutet die Verweigerung der Genehmigung nicht nur, dass der Erlass nicht in Rechtskraft tritt, sondern auch, dass der Auftrag nicht erfüllt wurde; der Rechtsetzungsprozess sollte in diesem Fall neu anrollen, und zwar in eine vorgegebene Richtung. Um eine solche Situation zu vermeiden, die von den privaten Kompetenzträgern als Desavouierung⁹¹ verstanden werden und deshalb ihre Kooperationsbereitschaft mindern kann, versuchen die Behörden teilweise, schon vor dem Entscheid in Kontakt mit den Beauftragten zu treten.⁹² Auf die damit verbundenen Probleme wird zurückzukommen sein.⁹³

85 Vgl. die Bemerkungen in BOTSCHAFT KMO, 1038 ff. und 1088.

86 Art. 4 Abs. 1 URVG.

87 Art. 13 URVV; vgl. auch das Reglement der Schiedskommission (SR 231.22).

88 GRISEL, Droit administratif, 459 f. und 488 ff.

89 Hinten § 7 II.

90 Das gilt beispielsweise nicht von den SUIA-Tarifen: Sie sollen ja gerade *private Abmachungen* durch einseitig festgelegte Regelungen *ersetzen*.

91 Wenn damit der Spielraum der Privaten beschränkt werden soll und nicht die Verletzung rechtlicher Prinzipien gerügt wird.

92 NELL, Gesetzgebungsprobleme, 288.

93 Hinten § 14 III C.

D. Publikation

Rechtsetzung als Entscheidungsprozess kennt die drei Phasen Initiative, Inhaltgebung und Entscheidfällung; damit ein Erlass für den Bürger verbindlich wird, genügt es allerdings nicht, dass er diese Stadien korrekt durchlaufen hat. Der Erlass muss zudem ordnungsgemäss bekanntgemacht werden.⁹⁴ Erst damit findet das Rechtsetzungsverfahren seinen formellen Abschluss. Für publizierte und in Kraft getretene Regelungen gilt von Gesetzes wegen die Fiktion, dass ihre Kenntnis beim Bürger vorausgesetzt werden kann;⁹⁵ sie werden durch die Veröffentlichung allgemeinverbindlich.

Die Erlasse, die der Publikation bedürfen, sind im Rechtskraftgesetz⁹⁶ an und für sich abschliessend aufgezählt. Allerdings trifft diese Umschreibung heute in mehreren Punkten nicht mehr zu.⁹⁷ Offizielles Publikationsorgan ist die "Sammlung der eidgenössischen Gesetze" (AS), der allein Rechtskraftwirkung zukommt. Anderswo veröffentlichte rechtsetzende Bestimmungen sind grundsätzlich nur verbindlich, wenn sie *auch* in der Gesetzessammlung erschienen sind.⁹⁸ Bei der ausgelagerten Rechtsetzung sind jedoch verschiedene Sonderregelungen anzutreffen, die hier erwähnt werden sollen.

Das Bundesblatt (BBl.) ist Publikationsorgan für einen Teil der zahlreichen Erlasse zu den Berufslehren.⁹⁹ Die von den Verbänden ausgearbeiteten Reglemente für die höheren Berufsprüfungen (Beispiel D) werden im BBl. nicht abgedruckt, jedoch erwähnt; sie können beim BIGA bezogen werden. Ebenso wird auf die technischen Normen, die gemäss STEG vom EDI genehmigt wurden (Beispiel H), im BBl. nur hingewiesen, wobei die Bezugsquelle angegeben wird; zudem sind die Normen nach Anwendungsgebiet speziell zu registrieren und Interessierten zugänglich zu machen.¹⁰⁰ Auch nicht formell publiziert werden die Tarife für die obligatorische MHV (Beispiel F): In der im BBl. veröffentlichten Verfügung über die Genehmigung wird einfach erwähnt, dass die Prämientarife beim zuständigen BPV eingesehen werden können.¹⁰¹ Dagegen werden die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen von GAV (Beispiel B) im BBl. im Wortlaut abgedruckt; sie erscheinen als Anhang zum entsprechenden Beschluss des Bundesrates.¹⁰²

94 Der Begriff "Publikation" findet sich in den Gesetzestexten nicht; es wird von "Bekanntmachung" oder "Veröffentlichung" gesprochen. Vgl. dazu BUSER, Bekanntmachung, 471. Die verschiedenen Ausdrücke werden hier synonym verwendet.

95 Art. 9 RKG.

96 Art. 4 RKG.

97 BUSER, Bekanntmachung, 474 f.; VPB 44.76 (Praxisänderung). Vgl. hinten § 8 II C.

98 BUSER, Bekanntmachung, 476.

99 Art. 12 Abs. 5 BBG. Neuerdings werden auch sie nicht mehr im Wortlaut veröffentlicht; ein Hinweis auf das Inkrafttreten und die Bezugsquelle findet sich an der früheren Stelle (dazu hinten § 8 II C 2).

100 Art. 4 Abs. 1 STEV, vgl. etwa BBl. 1981 I 729 f. Solche Normen können beim zuständigen technischen Verband oder der Kommission für technische Einrichtungen und Geräte eingesehen werden.

101 Vgl. z.B. BBl. 1981 III 189.

102 Art. 14 AVEG, vgl. etwa BBl. 1982 I 475.

Mit den allgemeinverbindlich erklärten GAV ist die Verbindung zu Publikationsorganen hergestellt, die einen spezialisierten Adressatenkreis aufweisen. Solche Verträge sind nämlich zusätzlich im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) anzuzeigen, das vom EVD herausgegeben wird. Im SHAB voll zu publizieren sind die von der Schiedskommission genehmigten SUIISA-Tarife (Beispiel C), die anschliessend von der Gesellschaft gegen Selbstkosten an Interessenten abgegeben werden müssen.¹⁰³ Für die vom SEV, gestützt auf die Starkstromverordnung bzw. das SZR (Beispiel E), erlassenen und vom EVED genehmigten sicherheitstechnischen "Vorschriften" ist ebenfalls eine spezielle Publikationsart vorgesehen: Sie werden im Bulletin des SEV, also in einem privaten Periodikum, veröffentlicht, wo regelmässig auch eine Liste der in Kraft stehenden Vorschriften erscheinen muss.¹⁰⁴

Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass für gewisse Erlasse von Privaten gar keine offizielle oder auch offiziöse Publikation vorgesehen ist: Es handelt sich vor allem um Regelungen, die auch keiner Genehmigung bedürfen – wie die Modell-Lehrgänge zu den einzelnen Berufsausbildungen (Beispiel D) und verschiedene Erlasse der Käseunion (Beispiel K).¹⁰⁵

103 Art. 11 Abs. 2 URVV.

104 Art. 7 SZR.

105 Vgl. vor allem die vorn in Anm. 71 erwähnten nicht-genehmigungspflichtigen Käseunion-Erlasse.

§ 7 *Die Funktionen der privaten Regelungen im Rechtsverwirklichungsprozess*

Rechtsetzung durch Private ist ein Teilaspekt der Zusammenarbeit und Verschränkung zwischen “Staat” und “Gesellschaft”. Die heutige Situation der Verflechtung ist nicht eine nach rechtlich-systematischen Gesichtspunkten geplante und konstruierte, sondern eine “gewachsene”, weitgehend von politisch-pragmatischen Gegebenheiten und Entwicklungen geprägte.¹ Dem entspricht, dass den privaten Rechtsetzungsbefugnissen jeweils eine sehr unterschiedliche Rolle im Prozess der Rechtsverwirklichung (RHINOW) zukommt. Die folgenden Abschnitte sind ein Versuch, zu gliedern und zu ordnen; um einen Versuch handelt es sich deshalb, weil hier nicht auf bewährte Konzepte abgestellt werden kann und weil die einzelnen Beispiele nicht immer eindeutig zugeordnet werden können. Zwei Hauptfälle werden unterschieden: Rechtsetzung durch Private im engen Zusammenhang mit der Erfüllung von und der Mitwirkung bei öffentlichen Aufgaben (I.) und die Ausstattung an und für sich privater Regelungen mit Hoheitscharakter (II.).

I. *Rechtsetzung als Beitrag der Privaten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben*

A. *Rechtsetzung als Teil des Vollzugsauftrags*

Unter der “Mitwirkung Privater bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben”² stellt man sich gemeinhin die verwaltenden Vollzugsaufgaben Privater vor oder – um eine bereits verwendete Formulierung wieder aufzunehmen – die Umsetzung im Gegensatz zur Festsetzung von staatlicher Politik. Der Vollzug wird heute z.T. mit Hilfe immer zahlreicherer Regeln, Normen zu programmieren versucht.³ Angesprochen ist nicht nur Legalität im Sinne der Bindung an Entscheide des (formellen) Gesetzgebers, sondern auch die generelle Maxime, dass “überall dort, wo die zu treffenden Massnahmen einer Normierung zugänglich sind, Rechtssätze zu erlassen”⁴ sind. Wenn staatliche Verwaltungsstellen demnach verpflichtet sind, ihr Handeln so weit als möglich⁵ generell-abstrakt vorauszubestimmen, kann es sinnvoll sein, in die Übertragung von Vollzugsaufgaben an Private auch für sie die Pflicht zur Normsetzung einzuschliessen. Rechtsetzungsbefugnisse können also einen rechtsstaatlich motivierten und gebotenen Teil eines an Private erteilten Mitwirkungsauftrags darstellen.⁶

1 Dazu die Schilderung bei ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 2.

2 Vgl. die Titel der Monographien von GIGER und PETERMANN (im Literaturverzeichnis).

3 Zur “Verrechtlichung” vgl. Einleitung II B.

4 BGE 86 I 312 ff. (IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 59 A II); LINDER, Legalität, I C; RHINOW, Rechtsetzung, 279.

5 Kritisch dazu LINDER, Legalität, I C e.

6 Zum Inhalt von Vollzugsaufträgen hinten § 11 II B.

Das trifft vor allem für einen Teil der Kompetenzen des ZVSM (Beispiel K) zu: Für die Durchführung der staatlichen Milchwirtschaftspolitik weitgehend verantwortlich, regelt er in vielen Verordnungen Details wie administrative Modalitäten, Ausnahmen, Übergangs- und Koordinationslösungen usw. zu den zahlreichen staatlichen Erlassen. Es handelt sich dabei hauptsächlich um Fragen, die sinnvollerweise eine einheitliche Antwort erhalten sollten, und zwar am besten vom Organ, das beim Vollzug direkt mit ihnen konfrontiert wird.⁷

Ähnlich einzuordnen sind gewisse Erlasse der Käseunion (Beispiel K)⁸ oder die Modell-Lehrgänge von Berufsverbänden (Beispiel D). Sehr eng mit dem Vollzugauftrag ist auch die Aufgabe der Haftpflichtversicherer (Beispiel F) verknüpft: Bei der Tarifgestaltung geht es im wesentlichen nur noch um die Umsetzung der im Gesetz und vor allem in Verordnungen festgelegten Regeln in verschiedene Tarifpositionen.⁹

B. Rechtsetzung als selbständige Aufgabe der privaten Vollzugsorgane

Einen andern Stellenwert haben die Sicherheitsvorschriften des SEV (Beispiel E). Dieser Verein wird vom Bund einerseits für die Kontrolle der elektrischen Anlagen herangezogen und stellt andererseits im Namen des Bundes auch die Normen auf, denen die entsprechenden Gegenstände zu genügen haben. Die Rechtsetzungsaufgaben des SEV gehen somit über das Formulieren von Vollzugsvorschriften, von Bestimmungen über die Durchführung der Kontrolle hinaus: Der Verein legt konkretisierend fest, in welcher Art – dem Stand der Technik¹⁰ entsprechend – dem generellen Sicherheitsgebot für den elektrotechnischen Bereich nachzukommen ist, und gibt ihm so einen verbindlichen Inhalt. Er setzt Standards und wägt letztlich ab zwischen dem technisch und wirtschaftlich Machbaren bzw. Erwünschten. Hier kommt also der Rechtsetzung neben dem Vollzug eine selbständige Bedeutung zu. Normsetzung und Normanwendung liegen hier ausnahmsweise in den Händen des selben – privaten – Kompetenzträgers. Auch die Regelungskompetenzen der Fachorganisationen im Rahmen des STEG (Beispiel H) sind nicht direkt an den Vollzug, d.h. an Kontrollaufgaben, gebunden. Selbständiger Art sind sodann sicher die Befugnisse der Berufsverbände zur Gestaltung der Diplome für die höheren Berufsprüfungen (Beispiel D).

⁷ Vgl. etwa SR 916.356.111 oder 916.351.22. Eine typische Vollzugsaufgabe ist wohl auch die Festsetzung der Tarife für die vom SEV durchzuführenden Prüfungen zur Erteilung des Sicherheitszeichens, Art. 121quater StStV (Beispiel E).

⁸ Vgl. etwa die "Detailbestimmungen über die Warenzuteilung" der Käseunion (siehe auch Anm. 71 in § 6).

⁹ Vgl. dazu VINK und VMHV.

¹⁰ Zur Formel "Stand der Technik" und seinen "Verwandten" vgl. den Aufsatz von REDEKER in TECHNISCHE NORMUNG.

II. *Ausstattung privater Regelungen mit zwingendem Charakter*

A. Die AVE als Verstärkung privater Regelungsmacht

Unsere Rechtsordnung stellt idealtypisch gesehen zwei Entstehungsgründe für Rechtsbeziehungen zur Verfügung: Gesetz und Vertrag. Beiden wird über das Verfahren ihres Zustandekommens eine gewisse "Richtigkeitsgewähr" zugeschrieben. Der Vertragsmechanismus vermag seine Funktionen allerdings nicht zu erfüllen, wo sehr ungleiche Partner einander gegenüberstehen. Seit langem kennt man deshalb im Bereich der Regelung von Arbeitsverhältnissen den Kollektivvertrag. Aufgrund der ökonomischen Situation kann es nämlich für den einzelnen Arbeitnehmer (analog für den Mieter) sehr schwer sein, sein Recht gegenüber einem Vertragskontrahenten, der unter Umständen auch eine grosse Anzahl gleicher Verträge abschliesst, durchzusetzen und einen angemessenen Vertragsinhalt zu erreichen. Beim Kollektivvertrag sollen die Betroffenen beider Seiten auf die Gestaltung des vorformulierten Inhalts gleichen Einfluss nehmen können, gleichzeitig aber sich auch auf die Verwirklichung des Modells verpflichten.¹¹ Durch die Einschaltung des Kollektivs, das sich weniger scheuen muss, Ansprüche geltend zu machen als einzelne, soll ein ausgewogener Vertragsinhalt sichergestellt werden.¹²

Doch auch dieser Schritt genügt nicht immer: Um Bestand und Inhalt von Kollektivverträgen gegenüber Aussenseitern zu sichern, die seine Wirkung zu unterlaufen drohen,¹³ können die Vereinbarungen deshalb durch die AVE mit Gesetzeswirkung ausgestattet werden (Beispiel B). Damit erhalten an und für sich private Regelungen – Abmachungen, die auch der Privatautonomie unterstehen – (unmittelbar wirkenden) Hoheitscharakter, weil das privatrechtliche Instrumentarium in bestimmten Situationen versagt.¹⁴ Die staatlich angeordnete Ausdehnung der Geltung des Gesamtarbeitsvertrags (um beim bisher einzig praktisch relevanten Beispiel zu bleiben) auf Aussenseiter bei Arbeitnehmern und Arbeitgebern ist jedoch eine subsidiäre Massnahme: Sie greift nur Platz, wo den Kollektivvertragsparteien die notwendige (Kartell-) Macht fehlt,¹⁵ und sie kann nicht auf Initiative des Staates, sondern nur auf gemeinsamen Antrag der betroffenen Kreise erfolgen.¹⁶ Von Privaten ohne staatlichen Auftrag ausgearbeitete und verantwortete Regelungen erhalten hier zwingenden Charakter, damit die Privatrechtsordnung richtig zum Tragen kommt.

11 Der Kollektivvertrag bindet *unmittelbar* nur die vertragschliessenden Parteien. Diese sollen aber ihre Mitglieder verbandsintern zur Beachtung der getroffenen Regelungen anhalten. Man spricht deshalb von einem mehrstufigen Normsetzungsvertrag. HAUSHEER, AVE, 301.

12 HAUSHEER, AVE, 297, 300. Zum wirtschaftlichen bzw. intellektuellen Ungleichgewicht HAUSHEER, AVE, 250 f. bzw. 282.

13 BOTSCHAFT AVEG, 852; HAUSHEER, AVE, 328.

14 Dazu ausführlich HAUSHEER, AVE, 323 ff.

15 HAUSHEER, AVE, 313 ff. ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 2, 6.3.3; Kap. 3, 1.1 und 2: und wo die eine Partei ein Destabilisierungspotential hat, vgl. hinten § 11 III C.

16 Art. 8 AVEG, vgl. vorn § 5 I C.

Im gleichen Sinn wäre die Regelung des URVG (Beispiel C) zu verstehen: Der einzelne Urheber kann seine Rechte beispielsweise gegenüber Musikveranstaltern nur mühsam in individuellen Verträgen geltend machen. Werden sie aber zusammen mit zahlreichen anderen professionell verwaltet und nach festen Tarifen vergütet, verbessert sich die Situation des Künstlers wie auch des "Konsumenten". Eine genauere Untersuchung könnte ergeben, dass auch die Diplome der höheren Berufs- und Fachprüfungen hier einzureihen wären.

B. Die AVE privater Regelungen als Entlastung für den Staat

Die mit dem STEG eingeführte Möglichkeit, Normen von privaten Fachorganisationen allgemein verbindlich zu erklären (Beispiel H), dient in erster Linie der Entlastung des staatlichen Rechtssetzungsapparates. Dies kommt u.a. in der Bestimmung zum Ausdruck, dass die Kommission für technische Einrichtungen und Geräte nötigenfalls zuerst eine Änderung oder Ergänzung der Verbandsnorm erwirken und nur subsidiär dem EDI einen Vorschlag zum Erlass einer eigenen Verordnung unterbreiten soll.¹⁷ Der Bund kommt hier seiner Schutzfunktion nach, indem er soweit möglich auf bereits vorliegende private Normenwerke zurückgreift. Dabei übernimmt er sie nicht – wie z.B. weitgehend in den Technischen Tankvorschriften¹⁸ – in eigene Erlasse,¹⁹ sondern lässt mit der Beschränkung auf deren Genehmigung und AVE die Urheberschaft klar im privaten Bereich.

Häufig sind die entsprechenden Fachorganisationen auch mit der Kontrolle der Sicherheit technischer Anlagen und Geräte in ihrem Bereich betraut,²⁰ wie wir es schon beim SEV gesehen haben. Während jedoch der SEV einen expliziten Auftrag zum Erlass des SZR und der dazugehörenden Bestimmungen erhielt, fehlt eine solche Verpflichtung im STEG: Wo Fachorganisationen keine Sicherheitsnormen formulieren, bleibt dem Staat die eigene Rechtssetzungsarbeit nicht erspart.²¹

Mit einer terminologischen Bemerkung soll dieser Teil abgeschlossen werden: Das Substantiv "Allgemeinverbindlicherklärung" und die Abkürzung "AVE" werden in dieser Arbeit im folgenden nur noch im Konnex mit Kollektivverträgen verwendet, nicht aber für andere Regelungen Privater, denen – durchaus auch allge-

17 Art. 3 Abs. 2 STEV. Ursprünglich war sogar vorgesehen, technische Normen *mittelbar* über eine "Akkreditierung" der Fachorganisationen staatlich zu anerkennen. BOTSCHAFT STEG, 857, vgl. auch 850. (Hinten § 12 II A).

18 SR 814.226.211.

19 Dazu GRAUER, Verweisung, 40 f. BREUER, Rezeption technischer Regeln.

20 Vgl. die Verfügung über die Zuständigkeit von Fachorganisationen zur Kontrolle technischer Einrichtungen und Geräte in BBl. 1980 I 251 f., die acht Organisationen erwähnt. Kontrolle und Normung brauchen aber nicht bei den selben Organisationen zu liegen.

21 Inwieweit die AVE von technischen Normen für Wirtschaft und Verbände interessant ist (z.B. im Hinblick auf die haftungsrechtliche Situation), muss hier offen bleiben; vgl. im übrigen zur arbeits- und haftungsrechtlichen Bedeutung FORRER, STEG.

meinverbindliche – Verordnungswirkung zukommt. Damit soll das Institut der AVE privater Vereinbarungen von andern Formen ausgelagerter Rechtsetzung unterschieden und der Bezug zur entsprechenden Literatur erleichtert werden.²²

22 Zu den Besonderheiten der AVE von Kollektivverträgen hinten § 11 III C.

§ 8 *Die Regelungen Privater im System der Rechtsfunktionen*

I. *Vorbemerkungen*

Wie wir gesehen haben, weisen die Regelungen Privater zahlreiche Besonderheiten auf. Viele von ihnen erscheinen nicht in der bei Rechtserlassen der Verordnungsstufe gewohnten Form und Weise. Es ist deshalb zu präzisieren, was hier unter *Rechtsetzung* verstanden wird. Konkret dreht es sich beispielsweise darum, wie die Anordnungen des ZVSM über die abgestufte Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen, wie die Tarife der SUISA oder jene für die obligatorische MHV, wie die verschiedenen Reglemente im Bereich der Berufsbildung oder wie die genehmigten Sicherheitsnormen zu qualifizieren sind. Beim Versuch, den Rechtsetzungsbegriff – allgemein und für unsere spezielle Problematik – zu bestimmen, tauchen allerdings grosse Schwierigkeiten auf. Sie machen eine eingehendere Auseinandersetzung mit Wesen und Funktion der Rechtsetzung und eine scheinbar weit ausholende Betrachtungsweise unumgänglich.

Unsere Staats- und Rechtsordnung baut auf den grundsätzlichen Unterschied zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung: Den Bundesorganen werden nach herrschender Lehre im Prinzip entweder rechtsetzende oder rechtsanwendende Aufgaben zugeschrieben; "rechtsetzende" und "rechtsanwendende" Akte kommen in verschiedenen Verfahren zustande, weisen unterschiedliche Wirkungen auf und werden je auf andere Art wieder abgeändert. Es gibt zahlreiche Versuche, die zentralen Begriffe "Rechtsetzung" und Rechtsanwendung" dogmatisch zu erfassen. Ältere Autoren glaubten, befriedigende Lösungen gefunden zu haben,¹ während RHINOW u.a. neuerdings den Unterschied zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung grundsätzlich in Frage gestellt sehen.² Dabei erscheint die Abgrenzung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung auf den ersten Blick so klar und einleuchtend: Zuerst wird Recht "gesetzt", also geschaffen und festgelegt; dann wird es "angewendet" oder eben umgesetzt und vollzogen. Dass diese beiden Aufgaben gemäss den Postulaten der Gewaltenteilungslehre verschiedenen Organen zugewiesen werden, die dadurch zugleich charakterisiert³ sind, prägt das Bild von zwei grundsätzlich andersartigen Funktionen zusätzlich. Daran ändern auch die anerkannten Abweichungen vom Prinzip⁴ nicht viel. Diese Verquickung der Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung mit der Abgrenzung der gewaltenteiligen Organkompetenzen

1 Z.B. GIACOMETTI und BURCKHARDT. AUBERT, *Traité*, Nr. 1229, dagegen stellt fest, dass die üblichen Definitionen unbefriedigend sind.

2 RHINOW, *Rechtsetzung*, insbesondere 195 ff. Vgl. auch EGLOFF, *Informationslage*, 23 ff.; MÉTRAUX, *Rechtssetzung*, 75 ff., 87; NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 48 ff.; NOLL, *Rechtssetzung und Rechtsanwendung*, 258. Ausführlich hinten III.

3 Als Gesetzgebende bzw. Legislative und Ausführende bzw. Exekutive (oder für den Konfliktfall als Justiz).

4 Z.B. die rechtsetzende Tätigkeit (Verordnungen) der Exekutive bzw. des Bundesgerichts oder die konkreten Anordnungen des Parlaments (z.B. Begnadigungen).

verführt zu Zirkeldefinitionen.⁵ Die Frage nach den Rechtsfunktionen ist aber logisch von jener nach den Organkompetenzen zu trennen.

Für die ältere schweizerische Lehre sind Rechtsetzung und Rechtsanwendung absolute Gegensätze.⁶ Diese Anschauung scheint heute noch weit verbreitet. Sie geht davon aus, dass der wertenden, „politischen“ Tätigkeit des Rechtsetzers eine unpolitische, „logisch-historische“⁷ Tätigkeit des Rechtsanwenders gegenübergestellt werden kann: Der schöpferische Akt der Rechtsetzung wird dem rein nachvollziehenden Akt der Rechtsanwendung entgegengesetzt.⁸ Mit andern Worten: Während das Ergebnis von Rechtsetzung etwas Neues, eben neues Recht, ist, kann jenes der Rechtsanwendung dies nicht sein; sonst hätte man es ja mit Rechtsetzung zu tun.⁹ Was aber ist unter „neuem Recht“ zu verstehen? Offenbar kommt es auf das Verhältnis zum bisherigen Recht an. Neu ist, was „vorher noch nicht verbindlich war“.¹⁰

Neu und damit rechtsetzend kann auch ein konkreter, spezieller Akt sein, der von der Verwaltung oder der Justiz ausgeht: Entscheidend für die rechtsetzende Qualität ist nicht die Form, sondern der Inhalt des Aktes. Damit Recht nur noch anzuwenden bleibt, muss die Rechtsordnung eine vollständige, der Rechtssatz selber „vollständig“ formuliert sein.¹¹ Bekanntlich legitimiert Art. 1 Abs. 2 ZGB den schweizerischen Richter nicht nur dazu, bei unvollständiger Rechtsetzung selber rechtsschöpferisch tätig zu werden, sondern verpflichtet ihn geradezu darauf. Dass die Praxis sich oft scheut, die eigenen Wertungen offen zu deklarieren, steht auf einem andern Blatt.¹² Für die schweizerische Lehre kann aber als anerkannt gelten, dass die rechtsanwendenden Behörden nicht rein erkennend arbeiten, sondern auch Entscheidungen, d.h. Werturteile fällen.¹³ Ihre Tätigkeit ist nämlich zum grossen Teil wertender Art.¹⁴ Die neuere Rechtstheorie und Methodenlehre haben ebenfalls darauf hingewiesen, dass die rechtsanwendenden Organe nicht einfach vorbereitetes Recht vollziehen.¹⁵ In gewissen Bereichen fallen sogar wichtige politische Wertentscheidungen erst auf den niedrigeren Konkretisierungsstufen. Als Beispiel muss hier der Hinweis auf sich widersprechende abstrakt formulierte Planungsziele genügen.

5 Vgl. auch G. MÜLLER, *Rechtssetzung*, 12.

6 BURCKHARDT, *Organisation*, 255; GIACOMETTI, *Lehren*, 31.

7 BURCKHARDT, *Organisation*, 237, d.h. Subsumtion nach Feststellung der aktuellen tatsächlichen Verhältnisse.

8 BURCKHARDT, *Organisation*, 237, 255 und 268; GIACOMETTI, *Lehren*, 32 f.

9 BURCKHARDT, *Organisation*, 255: „Tertium non datur.“

10 BURCKHARDT, *Organisation*, 256.

11 Das ist sie, wenn keine Auslegung mehr erforderlich ist. BURCKHARDT, *Organisation*, 237 f., 248. Dass damit gerade BURCKHARDTS Theorie für neuere Ansätze fruchtbar ist, zeigt RHINOW, *Rechtssetzung*, insbes. 237.

12 RHINOW, *Rechtssetzung*, 13 f. und 124 f. mit Hinweisen.

13 RHINOW, *Rechtssetzung*, insbes. 125 f. mit Hinweisen. MARTI, *Verordnungsrecht*, 48 f.

14 Nach MARTI, *Verordnungsrecht*, 49, ist diese Feststellung eigentlich eine Banalität. Für die argumentationstheoretische Untermauerung vgl. MÉTRAUX, *Rechtssetzung*, 87 f.

15 Vgl. dazu z.B. JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. A., Frankfurt 1972; HANS HUBER, *Gesamtsituation*, 21; MÉTRAUX, *Rechtssetzung*, insbes. 77; PERRIN, *Théorie*, 154; die Übersicht bei RHINOW, *Rechtssetzung*, 135 ff.; RÖDIG, *Begriff des Gesetzes*, 44 f.

Solche Konflikte werden häufig verschoben und erst auf der Ebene der "Ausführung" – wertend – entschieden.¹⁶ Dennoch wird weitgehend an der kategorialen Verschiedenheit von Rechtsetzung und Rechtsanwendung festgehalten.

Da sich nicht nur Juristen mit der Lehre vom Staat beschäftigen, sei als Exkurs ein kurzer Blick über den Zaun auf die Ergebnisse der Politologie gestattet. In diesem Bereich befassen sich Forscher in den letzten Jahren zunehmend mit der Frage, inwieweit der Gesetzgeber seinem Anspruch, staatliche Politik zu steuern, gerecht wird.¹⁷ Dabei ging man ursprünglich davon aus, dass *Programmformulierung* und *Programmvollzug* (im Fachjargon den englischen Ausdruck übernehmend meist "Programmimplementation" genannt) zwei klar voneinander zu trennende Kategorien darstellen. Diese Begriffsbildung lehnt sich an die von LOEWENSTEIN¹⁸ an Stelle der klassischen Gewaltenteilungslehre vorgeschlagene neue Dreiteilung der Staatsfunktionen in politische Grundentscheidung (policy determination), Aus- oder Durchführung der Grundentscheidung (policy execution) und – im gegebenen Zusammenhang weniger im Blickfeld – politische Kontrolle (policy control) an. Die Implementationsforschung ergab jedoch, dass Entwicklungs- und Vollzugsprozesse schwierig bzw. theoretisch beliebig zu trennen sind, weil offenbar Programmentwicklung und Programmvollzug sich wechselseitig stark beeinflussen und bedingen.¹⁹ Dass die Operationalisierung dieser grundlegenden Kategorien nicht gelungen ist, bedeutet nicht, dass die Aufgaben der verschiedenen verantwortlichen Organe rundweg gleichgesetzt werden können. Der Zweifel an der Tauglichkeit des Gegensatzpaares Programmentwicklung/Programmvollzug bestätigt jedoch immerhin, dass die Kritik an der dogmatischen Festlegung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung auch in politologischer Sichtweise einen realen Hintergrund hat.

Wie aber hat sich dies in der schweizerischen Rechtslage, in der positiv-rechtlichen Definition von "Rechtsetzung", niedergeschlagen?

16 GRAUHAN, Verwaltung, 134. Ähnlich HALLER, Raumplanung, 170. Oder die Diagnose HANS HUBERS, Gesamtsituation, 21: "Unfertig, noch lange nicht mit allen zu lösenden Problemen konfrontiert, verlässt das Gesetz mit seiner Verkündung die Werkstatt ..." Vgl. auch SCHEFOLD, Bewahrung der Demokratie, passim.

17 Einen einführenden Überblick vermittelt KNOEPFEL, Vollzugsforschung. Aus juristischer Sicht plädiert für eine stärkere Beachtung des "Vollzugs" CHARLES A. MORAND, L'action du droit. Prolégomènes pour une étude de la mise en oeuvre des lois. In: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, 93 ff. Vgl. auch GRAUHAN, Verwaltung, 137, und WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 144.

18 LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 39 ff.

19 Vgl. dazu KNOEPFEL, Vollzugsforschung, 39 ff., und RENATE MAYNTZ (Hrsg.), Implementation politischer Programme, Königstein, 1980, wo die Lernprozesse im bundesdeutschen Verbund "Implementationsforschung" dargestellt sind. Grundlegend auch: GIANDOMENICO MAIONE/AARON WILDAVSKY, Implementation as Evolution, in: FREEMAN, Policy Studies, London, 1978.

II. *Der einschränkende Rechtsetzungs-Begriff des geltenden Rechts*

A. Rechtsetzung und Inhalt

1. Die Legaldefinition von "Rechtsetzung" in Art. 5 GVG

Bei der Revision des Geschäftsverkehrsgesetzes im Jahr 1962 wurde ein Abschnitt über die Formen der Erlasse der Bundesversammlung eingefügt. Dadurch sollten die Art. 89 und 89bis BV konkretisiert und die in der Praxis vorhandenen Unsicherheiten bei der Einweisung von Parlamentsakten in die von der Verfassung vorgegebenen Erlassformen beseitigt werden. Im Vordergrund stand die Absicht, den Begriff des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses zu bestimmen.²⁰ Gleichzeitig wurde eine Definition des Rechtssatzes aufgenommen, mit deren Hilfe der einfache Bundesbeschluss von den übrigen Erlassformen abgegrenzt wurde.²¹ Als rechtsetzend gelten nach dieser Begriffsbestimmung

"alle generellen und abstrakten Normen, welche natürlichen oder juristischen Personen Pflichten auferlegen oder Rechte einräumen oder die Organisation, die Zuständigkeit oder die Aufgaben der Behörden oder das Verfahren regeln."²²

An dieser Umschreibung von Rechtsetzung fallen drei Elemente auf: die Grundlage eines formalen Normbegriffs von generell-abstrakter Struktur; die Gleichbehandlung von Vorschriften, die Pflichten auferlegen und Rechte gewähren; der Einbezug von Organisations- und Verfahrensbestimmungen.

Dass auch Organisations- und Verfahrensnormen ins Gesetz aufzunehmen sind, entspricht dem schweizerischen Staatsverständnis und ist unbestritten;²³ weniger glücklich ist die Formulierung, mit der diese Bestimmungen in das für Verhaltensnormen entwickelte Schema hineingepresst werden.²⁴ Durch den Bezug auf die Normstruktur (im Sinne des GVG) versuchte denn auch die Verwaltung in wenig überzeugender Art, die Einweisung von Organisationsbestimmungen in die gesetzlich vorgesehenen Rechtsetzungsformen zu begründen.²⁵ Geht man stattdessen zum vornherein davon aus, dass Organisationsbestimmungen als rechtsetzend betrachtet

20 EGGIMANN, Erlassformen, 1.

21 Art. 8 bzw. 5–7 GVG. Zur Problematik dieser Festlegungen vgl. EGGIMANN, Erlassformen, 34 ff., G. MÜLLER, Rechtssetzung, passim, insbes. 100 f., und RHINOW, Rechtssetzung, 208 f. Vgl. in diesem Zusammenhang auch ALFRED KÖLZ, Reform der Volksrechte im Kanton Solothurn, in: Fünfhundert Jahre eidgenössischer Stand Solothurn 1481–1981, Solothurn 1981, 42 ff. Zur Verfassungsmässigkeit der Definition auf Gesetzesebene EGGIMANN, Erlassformen, 101 ff.

22 Art. 5 Abs. 2 GVG.

23 Art. 85 Ziff. 1 BV; EGGIMANN, Erlassformen, 75.

24 RHINOW, Rechtssetzung, 217.

25 "Normen des Organisationsrechts sind abstrakt, wenn ... die Ausübung der ... zugewiesenen Kompetenzen zu einer unbestimmten Zahl von Akten führt. Als generell sind die Normen organisatorischer Art dann anzusprechen, wenn die Zahl der Personen, welche durch die Akte betroffen werden, unbestimmt ist." (VPB 37.1). Vgl. auch ZBl. 1972, 324.

werden, bleibt immer noch die Frage zu beantworten, auf welcher Stufe (und in welcher Erlassform) sie zu verankern sind; hier spielt die "Wichtigkeit" einer Regelung eine bestimmende Rolle.²⁶

Interessant ist sodann die erst im Parlament vorgenommene Präzisierung,²⁷ dass entgegen der in der deutschen (und der von ihr beeinflussten) Literatur²⁸ vertretenen Anschauung nicht nur "Eingriffe" oder belastende Normen in Rechtssätze aufzunehmen sind. Damit wird das andersartige schweizerische Verfassungsverständnis markiert²⁹ und der Tatsache Rechnung getragen, dass im sozialgestaltenden Staat Eingriff und Leistung häufig zusammengehören.³⁰

Genauer ist nun das Definitionselement "generell-abstrakte Struktur" unter die Lupe zu nehmen. Denn dadurch soll sich der Rechtssatz unterscheiden vom rechtsanwendenden individuell-konkreten Einzelakt.

2. Der generell-abstrakte Rechtssatz

a. Ausgangspunkt

Indem unsere Rechtsordnung bei der Umschreibung der Staatsfunktionen und ihrer "Produkte" je von einem Gegensatzpaar ausgeht, kommt der grundsätzlichen, logischen Unterscheidbarkeit zweier Arten von Rechtsakten³¹ eine grosse Bedeutung zu. Die bekannten Schwierigkeiten bei der Zuordnung bestimmter "Zwischenformen" wie der Allgemeinverfügung und dem Plan haben die Bedeutung der Unterscheidung mindestens für die Praxis nicht gemindert. AUBERT meint allerdings, die Begriffe "Rechtssatz" (*acte normatif*) und "Einzelakt" (*acte administratif*) hätten zwar "*une incontestable utilité didactique. Mais il n'est pas sûr que leur contour soit net*".³² Damit beschreibt er die Situation einprägsam: Einerseits werden die beiden Begriffe regelmässig verwendet, wie wenn ihr Inhalt allgemein bekannt wäre; andererseits blieben alle bisherigen Abgrenzungsversuche kritisierbar und

26 Auf dieser Linie argumentiert ein früherer Entscheid: VPB 32.12 hält dafür, dass die Errichtung einer Stiftung des öffentlichen Rechts als *rechtsetzend* zu beurteilen sei, da sie einschneidender sei als die Errichtung neuer Dienstabteilungen, für die ein Bundesgesetz vorgeschrieben ist. EGGIMANN, Erlassformen, 75, scheint zu übersehen, dass diese Argumentation gerade nicht auf die generell-abstrakte Normstruktur abstellt. Vgl. zum Legalitätsprinzip im Organisations- und Verfahrensrecht neuerdings LINDER, Legalität, I F. Zur "Wichtigkeit" hinten § 9 II B 2.

27 EGGIMANN, Erlassformen, 74 (Anm. 35).

28 Vgl. LINDER, Legalität, II B; G. MÜLLER, Rechtssetzung, 57 f., 66 ff.

29 LINDER, Legalität, II C. Vgl. schon MARTI, Verordnungsrecht, 50 ff., insbes. 55.

30 IMBODEN, Gesetz, 41 f.; EGGIMANN, Erlassformen, 74. Dazu nun auch BGE 103 Ia 369 ff.: VPB 44.39; und eingehend LINDER, Legalität, I E und III.

31 Art. 5 Abs. 2 GVG für den Rechtssatz, Art. 5 VwVG für die Verfügung (Einzelakt).

32 AUBERT, Traité, Nr. 1120, vgl. auch Nr. 33 und Nr. 1229 ff. Die "didaktische Nützlichkeit" verleitet zu oberflächlichen Begriffsbestimmungen, wie z.B. bei FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, 53 f. (anders FLEINER, Delegation, 115).

im Bereich typisierender Annäherungen.³³ Die zahlreichen Versuche, Rechtssatz und Einzelakt rechtstheoretisch zu erfassen, sind hier nicht zu referieren.³⁴ Doch sollen im Hinblick auf die Regelungen Privater die wichtigsten Punkte herausgegriffen werden.

b. Genereller Rechtssatz und individueller Einzelakt.

Wenn Rechtssatz und Einzelakt mit den Begriffspaaren “generell-abstrakt” und “individuell-konkret” charakterisiert werden, beziehen sich “generell” und “individuell” auf den Adressatenkreis, “abstrakt” und “konkret” auf den Regelungsgegenstand.

Auf den ersten Blick scheinen diese Einteilungen einleuchtend. Ob eine Regelung wie z.B. Art. 14 Abs. 1 ZGB — “Mündig ist, wer das zwanzigste Lebensjahr vollendet hat” — allgemein gilt oder sich nur auf eine bestimmte Person bezieht, wie z.B. die Mündigerklärung der neunzehnjährigen Vollwaisen X durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde gemäss Art. 15 ZGB, lässt sich noch leicht bestimmen. Ein genaueres Studium der Literatur zeigt aber, wie umstritten der Begriff der Allgemeinheit des Adressatenkreises³⁵ ist. Die Auseinandersetzung hierüber wurde und wird vor allem in Deutschland geführt.³⁶

Für die Ausrichtung der schweizerischen Doktrin dürfte bestimmend gewesen sein, dass BURCKHARDT das Gegensatzpaar Allgemeines/Besonderes für eine Kategorienbildung untauglich erklärte, weil es nur relative und keine qualitativen Unterschiede bezeichne.³⁷ Da das Element des Generellen bzw. Individuellen jedoch in der Rechtssatzdefinition immer noch verwendet wird, soll hier dennoch kurz auf die Bedeutung des mehr oder weniger offenen Adressatenkreises einer Regelung eingegangen werden.

Um die Allgemeinheit des Adressatenkreises zu charakterisieren, wird danach gefragt, wie gewiss die Adressaten feststehen.³⁸ Dabei taucht zuerst ein sprachliches Problem auf: Geht es um die (Un)Bestimmtheit oder (Un)Bestimmbarkeit des Adressatenkreises? Sind diese Begriffe im objektiv-logischen oder im subjektiv-prak-

33 RHINOW, Rechtsetzung, 212. RHINOW, Rechtsetzung 209, setzt darum in diesem Zusammenhang das Verb “definieren” sogar in Anführungszeichen.

34 Übersichten geben — aus unterschiedlichen Blickwinkeln — HALTNER, Verfügung, § 6; G. MÜLLER, Rechtssetzung, 82 ff.; RHINOW, Rechtsetzung, 202 ff.; VOLKMAR, Rechtssatz, passim.

35 Unter “Adressat” ist nur der unmittelbar Angesprochene, nicht aber auch der mittelbar Betroffene zu verstehen. Dazu eingehend HALTNER, Verfügung, 56 ff.

36 Zusammenfassungen bzw. Hinweise geben HALTNER, Verfügung, 59 ff.; RHINOW, Rechtsetzung, 215 ff. G. MÜLLER, Rechtssetzung, 83, setzt sich darüber hinweg.

37 BURCKHARDT, Organisation, 265.

38 Es geht unbestritten um Massen nicht um die “Zahl der tatsächlich vorhandenen Adressaten”: MARTI, Verordnungsrecht, 52. Dass z.B. die Bestimmungen der BV über die Bundesräte “generell” sind, steht ausser Zweifel, da sie zwar immer nur sieben Personen betreffen, aber von den individuellen Magistraten unabhängig sind.

tischen Sinn zu verstehen? Als erstes wäre festzuhalten, dass selbstverständlich die Adressaten eines Rechtssatzes oder Einzelaktes letztlich immer bestimmbar sein müssen: die Regelung liefe ja sonst ins Leere.³⁹ Das Kriterium der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Adressatenkreises im objektiv-logischen Sinne kann sich dagegen wenigstens für eine Kategorienbildung eignen.⁴⁰ Bestimmt ist der Adressatenkreis nur, wenn er bei Erlass der Anordnung unveränderlich, eindeutig feststeht; unbestimmt ist er demnach, wenn später noch zusätzliche Personen erfasst werden können.⁴¹ Damit ist wohl ein absolutes Unterscheidungsmerkmal⁴² gegeben, doch ist es auch ein relevantes?

Bestimmt ist der Adressatenkreis z.B. häufig bei Übergangsbestimmungen, wie sie etwa im Rahmen der Revision des Kindesrechts ergingen.⁴³ Haben wir es deshalb mit Einzelakten zu tun? Einen unbestimmten Adressatenkreis hat dagegen oft die Allgemeinverfügung (Beispiel Fahrverbot), die dennoch als Einzelakt behandelt wird. Wiederum bestimmt ist der Adressatenkreis bei den sogenannten Individualgesetzen, die vom Bundesgericht der den Rechtssätzen vorbehaltenen abstrakten Normenkontrolle unterzogen werden. Schliesslich kann bei den Organisationsbestimmungen und vielen Normen des Interventions- und Leistungsrechts gar kein Adressatenkreis ausgemacht werden, weil sie sich an staatliche Organe richten.⁴⁴ Diese Fälle zeigen, dass die Gegenüberstellung von generellen und individuellen Anordnungen die gewünschte Klärung des Rechtssatzbegriffes nicht leistet.

c. Abstrakter Rechtssatz und konkreter Einzelakt

Für die schweizerische Lehre und Praxis ist die Abstraktheit der Regelung das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung von Rechtssatz und Einzelakt.⁴⁵ Gefragt wird hier nach der Bestimmtheit des Regelungsgegenstandes, des "Falles". Diesen "Fall" eindeutig zu erfassen, stösst jedoch auf unüberwindliche Schwierigkeiten: Betrifft beispielsweise das Schild "Baden verboten" einen bestimmten Fall (das Baden in einem bestimmten Gewässer) oder eine unbestimmte Zahl von Fällen (nämlich zukünftigen Badens)?⁴⁶ Das Ergebnis der Diskussion um den Fallbegriff lässt

39 HALTNER, Verfügung, 67. Die Verwendung des Ausdrucks "bestimmbar" führt leicht zu Missverständnissen und ist nach HALTNER, Verfügung, 69, auch überflüssig.

40 Ob die Adressaten im subjektiv-praktischen Sinn bestimmt, d.h. der Behörde bekannt oder von ihr grundsätzlich genau feststellbar sind, kann rechtlich nicht entscheidend sein. HALTNER, Verfügung, 63.

41 HALTNER, Verfügung, 63 ff., im Anschluss an VOLKMAR, Rechtssatz. RÖDIG, Begriff des Gesetzes, 16 ff., untersucht die quantorenlogischen Voraussetzungen der Generellität.

42 HALTNER, Verfügung, 76.

43 Z.B. Art. 12a oder Art. 13 Abs. 1 SchlT ZGB.

44 Vgl. auch BÖCKENFÖRDE, Gesetz, 340, und RHINOW, Rechtsetzung, 215 ff., mit weiteren Hinweisen.

45 Vgl. die Nachweise bei HALTNER, Verfügung, 80 f. und 83 Anm. 177; RHINOW, Rechtsetzung, 217; sowie BLUM, Rechtssetzung AG, 16, als Beispiel für die kantonale Ebene.

46 HALTNER, Verfügung, 71.

sich kurz mit der Feststellung zusammenfassen, dass dieser Begriff formal nicht präzise umschrieben werden kann.⁴⁷ Es scheint keine Kriterien zu geben, um aus dem "kontinuierlichen Fluss des Lebensgeschehens einzelne Abschnitte als 'den' Einzelfall im Gegensatz zu einer 'Mehrheit' von 'Fällen' herauszufinden."⁴⁸

Die Praxis hat es bisher gescheut, die Konsequenz aus den Schwierigkeiten mit der Umschreibung dieses zweiten Definitionselementes zu ziehen. Sie behilft sich stattdessen damit, die formal unzureichende Begriffsbestimmung durch materiale bzw. quantitative Gesichtspunkte zu ergänzen. So werden nicht eindeutig individuell-konkrete Anordnungen dennoch als Verfügungen behandelt, wenn sie in personeller, räumlicher oder zeitlicher Hinsicht keine genügende "Streuung" aufweisen.⁴⁹ Berühmt geworden ist in diesem Zusammenhang das Urteil des Bundesgerichts bezüglich eines Fahr- und Reitverbots auf einer Strecke von etwa 50 km entlang der Töss. Es bezeichnete die Auffassung des Zürcher Verwaltungsgerichtes, dieses Verbot sei genereller und abstrakter Natur, als "offensichtlich unhaltbar", also willkürlich.⁵⁰ Konkret ist diese Anordnung wegen ihrer räumlichen Bestimmtheit. Ähnlich behandelt werden in der Praxis allgemein die Verkehrszeichen, während der Streit um ihren Charakter in der Rechtswissenschaft noch nicht als abgeschlossen gelten kann.⁵¹ Die Schwierigkeiten mit der Qualifizierung dieser sogenannten Allgemeinverfügungen kulminieren in der Behandlung von Raumplänen,⁵² die ja ihrem Wesen nach nicht anders als räumlich bestimmt sein können. Indem aber gewisse Pläne als Rechtsätze behandelt werden, ist nicht die räumliche Bestimmtheit an sich das Unterscheidungskriterium, sondern das Mass der Ausdehnung oder die individuelle Bestimmung des Geltungsbereichs. Die Praxis behilft sich damit, die Einweisung in die Kategorien Rechtssatz bzw. Verfügung je nach dem Rechtsschutzinteresse vorzunehmen.⁵³ So erstaunt es nicht, dass bei der rechtlichen Erfassung von Plänen unlösbare Widersprüche, Ungereimtheiten und Zirkelschlüsse auftreten, die schon IMBODEN zum Schluss kommen liessen, dass die eingespielte "rechtsstaatliche Formtypik" nicht mehr genügt.⁵⁴ RHINOW geht weiter und legt überzeugend dar, dass die Dichotomie Rechtssatz/Einzelakt "nicht deshalb unanwendbar erscheint, weil der Raumplan ein 'aliud' darstellt, sondern weil sie selber nicht vollziehbar ist."⁵⁵

47 HALTNER, Verfügung, 71 ff.; RHINOW, Rechtsetzung, 217 f.; VOLKMAR, Rechtssatz, 87 ff.

48 HALTNER, Verfügung, 72. Dazu u.a. auch RÖDIG, Begriff.

49 Eingehend HALTNER, Verfügung, 84 ff., der auch weitere in der Praxis verwendete "Indizien" erwähnt; RHINOW, Rechtsetzung, 218.

50 BGE 101 Ia 73 ff.; vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 5 A II.

51 Vgl. insbesondere die Hinweise von HALTNER, Verfügung, 89 und 136 ff.; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 5, S. 37.

52 Vgl. IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 11.

53 Vgl. SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht, 71 f.

54 MAX IMBODEN, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut (1960, neu abgedruckt in: Staat und Recht, Basel/Stuttgart, 1971), 411.

55 RHINOW, Rechtsetzung, 222; so auch HALLER, Raumplanung 173; LINDER, Planung, 369.

d. Würdigung und Exemplifizierung anhand der Rechtsnatur von Tarifen

Ungeachtet der referierten Vorbehalte vor allem jüngerer Autoren und trotz verschiedener Zweifelsfälle⁵⁶ fängt die Legaldefinition im wesentlichen die in Praxis und Doktrin herrschende Meinung über das Wesen des Rechtssatzes und der Rechtsetzung ein.⁵⁷ Als Massstab dient Art. 5 Abs. 2 GVG also weiterhin: Rechtsetzung ist, was in generell-abstrakter Form erlassen wird. Davon hat diese Arbeit auszugehen; sie wird aber darüber hinausgehen müssen. Die Problematik soll anhand der Rechtsnatur von Tarifen (betrifft Beispiele C und F, d.h. SUIA- und MHV-Tarife) exemplifiziert werden. Anlass dazu gibt ein jüngerer, nicht voll publiziertes Urteil des Bundesgerichts.⁵⁸

Verwaltung und Justiz zeigten sich bislang darin einig, dass Tarife "generell-abstrakte Regelungen von nach irgendwelchen Kriterien abgestuften Geldzahlungen, insbesondere von Entgelten für Leistungen der Angehörigen bestimmter Berufe oder bestimmter Dienstleistungsbetriebe darstellen und damit rechtsetzend im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GVG sind."⁵⁹ In BGE 103 Ib 315 ff. geht das Bundesgericht dagegen davon aus, dass die Festlegung des Beitrags an den Verband der Studierenden an der ETH (VSETH) nicht generell-abstrakter Natur, sondern eine Verfügung ist. Dass wir es hier wegen der fehlenden Abstufung von Geldleistungen nach einer bestimmten Systematik nicht mit einem Tarif zu tun haben,⁶⁰ spielt in unserem Zusammenhang keine Rolle. Interessant sind davon unabhängige Argumente:

Das Bundesgericht hat in den nicht veröffentlichten Erwägungen dieses Urteils festgestellt, dass der Entscheid über den VSETH-Beitrag eine "bestimmte individualisierende Konkretisierung" aufweise, indem in quantitativer Hinsicht eine bestimmte Zahlungspflicht statuiert sei, die sich an einen jeweils bestimmbaren Personenkreis richte. Damit hebe sich die Anordnung von einer generell-abstrakten Rechtsnorm ab. Ein Beitrag, der "ab WS 1975/76" für ETH-Studenten gelten soll, hat jedoch sicherlich einen offenen, generellen Adressatenkreis;⁶¹ genauer anzusehen sind aber die Argumente, die gegen die Abstraktheit angeführt werden. Sie zeigen mit aller Deutlichkeit, wie schwierig die Kategorien "abstrakt" und "konkret" zu handhaben sind.

Weil der VSETH-Beitrag regelmässig den wandelbaren Bedürfnissen angepasst werde, könne von einer länger dauernden Wirkung der jeweiligen Regelung nicht die Rede sein. Es scheint in zeitlicher Hinsicht also keine – für einen Rechtssatz – ge-

56 Einige davon sind bei EGGIMANN, Erlassformen, 77 ff. behandelt.

57 IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 5; EGGIMANN, Erlassformen, 72 und 76 f.

58 BGE 103 Ib 315 ff., nach dem Referat von WALTER HALLER, Was ist ein Akt der Rechtsetzung? Staats- und verwaltungsrechtliches Kolloquium für Bundesbeamte, hektographiertes Protokoll des Eidg. Personalamtes, 16. bis 18. Oktober 1979, 32 f.

59 VPB 40.48 auf S. 102. BGE 99 Ib 51 ff., 100 Ib 330 ff. und 101 Ib 94 ff. problematisieren den Tarifbegriff nicht.

60 BGE 103 Ib 318.

61 Im vorn unter b. umrissenen Sinn.

nügende "Streuung"⁶² vorhanden zu sein. Dem ist gegenüberzustellen, dass Rechtsetzung zwar im Wesen auf Dauer angelegt ist, der Gesetzgeber selber aber befristete Erlasse ohne Einschränkung ausdrücklich als rechtsetzend anerkannt hat.⁶³ Festlegungen von Geldzahlungen dürften häufig nur für kürzere Dauer gelten: In den meisten Bereichen sind sie der wirtschaftlichen Entwicklung anzupassen und damit nicht als dauerhaft zu bezeichnen. So haben die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherer jährlich die den Prämien zugrundeliegenden Saldorechnungen und individuellen Nachkalkulationen dem BPV einzureichen (Beispiel F), und die Tarife der SUIISA (Beispiel C) werden meist nur für fünf Jahre erlassen. Die Argumentation des Bundesgerichtes bedeutet, dass befristeten generellen Regelungen unter Umständen wegen fehlender Abstraktheit (mangelnde zeitliche Streuung) kein Rechtssatzcharakter zukommt. Im Lichte des erwähnten Urteils dürfen wohl mindestens die MHV-Tarife nicht rechtsetzend genannt werden. Aber wo liegt die Grenze? Genügen die meist fünf Jahre Geltungsdauer für SUIISA-Tarife oder für die technischen Normen (Beispiel H) bzw. drei Jahre bei einem allgemeinverbindlich erklärten GAV (Beispiel B)?

Das Bundesgericht fügt nun in seinen Überlegungen zur Rechtsnatur der Beitragsfestsetzung ein zusätzliches, diesmal funktionales, Kriterium hinzu: Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes sei zu beachten, ob die Anordnung im Einzelfall direkt oder erst aufgrund einer weiteren konkretisierenden Verfügung angewendet werden könne. Damit macht das Gericht einen weiteren Schritt auf dem Weg zu einem neuen Verständnis von Rechtsetzung, ohne aber auf festeren Boden zu gelangen: Einmal sind demnach nicht alle Tarife (wie schon die Pläne) gleich zu behandeln; während etwa im Zoll- und Steuerwesen erst eine Umsetzung in individuelle und damit anfechtbare Verfügungen notwendig wäre, wirken die ETH-Mensapreise beispielsweise direkt.⁶⁴ Zum andern unterlaufen funktionale Kriterien die an der Normstruktur ausgerichteten Legaldefinitionen von GVG und VwVG.

B. Rechtsetzung und Verfahren

1. Allgemeines⁶⁵

Für das Zustandekommen, die Abänderung und den Rechtsschutz bei Rechtssatz und Einzelakt (der Verwaltung) gelten sehr unterschiedliche Vorschriften. Sie sollen

62 Dazu vorn c. sowie zum Vergleich (hinlängliche Streuung) VPB 37.4.

63 Vgl. Art. 6 Abs. 1 GVG: "Befristete Erlasse, die rechtsetzende Normen enthalten, sind in die Form des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses zu kleiden" (im Prinzip referendums-pflichtig).

64 In BGE 100 Ib 328 ff., der diese Preise zum Gegenstand hat, findet sich übrigens die eingangs erwähnte Definition des Tarifs.

65 Siehe die Aufsätze von GROSSEN, Travaux préliminaires; BUSER, Rechtssetzung; WALTHER HUG, Vorparlamentarisches und parlamentarisches Verfahren der Rechtsetzung in der Schweiz, in: RÖDIG, Studien, 79 ff.

hier nicht im Detail erwähnt werden;⁶⁶ einige Beispiele mögen genügen. Vor dem Erlass von Verfügungen sind die Parteien in der Regel anzuhören. Eine ähnliche – aber nicht dieselbe – Funktion kommt dem Anhörungsverfahren beim Erlass von Gesetzen und Verordnungen zu, doch ist der Kreis der vom Erlass Betroffenen nicht so eng mit dem Kreis der Anzuhörenden verbunden. Dagegen geht der Entscheid in Form einer Verfügung allein von der Behörde aus, ohne Mitwirkung der ‘Betroffenen’, während für Gesetze zumindest typisch ist, dass im Falle eines Referendums neben den Behörden auch jeder Bürger ohne spezielles rechtliches Interesse mitbestimmen kann. Entscheid und Inhalt von Verfügungen sowie Rechtssatz sind in der Regel schriftlich mitzuteilen. Eine amtliche Publikation ist jedoch für Gesetze und Verordnungen prinzipiell vorausgesetzt, während sie bei Verfügungen die Ausnahme darstellt. Verfügungen bilden grundsätzlich den Abschluss eines Verfahrens und sollen Rechtspositionen festlegen, während Revisionen von Gesetzen und Verordnungen Starrheit vermeiden sollen. Verfügungen sind nur innerhalb bestimmter Fristen anfechtbar; anschliessend sind sie im Prinzip rechtskräftig und rechtsbeständig. Anders Verordnungen:⁶⁷ Sie bleiben während ihrer ganzen Geltungsdauer, allerdings nur im konkreten Anwendungsfall, akzessorisch überprüfbar.

Rechtssatz und Verfügung lassen sich also sehr wohl durch Gegenüberstellung dieser Aspekte unterscheiden. Diese Differenzierungen begründen aber *de lege lata* nicht die untersuchten Kategorien; sie sind im Gegenteil die Rechtsfolge der Zuteilung zur einen oder andern Art von Akten.⁶⁸ Dies gilt jedenfalls solange, als die schweizerische Rechtsordnung die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung – von Rechtssatz und Einzelakt – als Fundament voraussetzt. Denkbar ist aber durchaus, dass Gesetz, Verordnung, Plan, Verfügung usw. unabhängig von dieser Dichotomie bestimmt werden. In diesem Fall können die unterschiedlichen Verfahrensmöglichkeiten bei der Definition eine Rolle spielen.⁶⁹

2. Rechtsetzung und Entstehungsverfahren

Rechtsnormen müssen, um Geltung zu erlangen, vom zuständigen Organ und im vorgeschriebenen Verfahren erlassen werden. Aufgrund der Stellung des rechtsetzenden Organs und des einschlägigen Verfahrens ergibt sich für die schweizerische Staatsordnung eine Hierarchie der Rechtsetzungserlasse mit drei Hauptstufen: Verfas-

66 Eine Übersicht bietet HALTNER, Verfügung, 93 ff. Vgl. auch HALLER, Raumplanung, 171, und IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 5, S. 36 f.

67 Gesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sind bekanntlich gemäss Art. 113 Abs. 3 und 114bis Abs. 3 BV von der gerichtlichen Überprüfung ausgeschlossen. Dafür ist das bezüglich der Verfügung Gesagte hinsichtlich der unverzichtbaren und unverjähbaren Rechte einzuschränken.

68 Werden diese Merkmale als Kriterien für die Qualifikation benützt, erhält man Zirkelschlüsse.

69 Vgl. hinten III B. 1.

sung, Gesetz und Verordnung.⁷⁰ Dieser Stufenbau soll nicht nur das “technische” Problem konfligierender Normen lösen. Er findet vielmehr seine Bedeutung darin, dass mit dem Rang auch eine Aussage über die Bedeutung einer Anordnung verbunden sein soll.⁷¹

Hier interessiert nur die unterste Stufe. Verordnungen werden grundsätzlich vom Bundesrat⁷² erlassen, der mit Stimmenmehrheit entscheidet;⁷³ Parlament oder gar Volk bestimmen hier nicht mit. Für die Vorbereitung von Verordnungen gelten die Regeln über das Vorverfahren der Gesetzgebung “sinngemäss”. Dem niedrigeren Rang dieser Erlasse entsprechend liegt jedoch die Verantwortung auf tieferer Verwaltungsstufe; ebenso sind Vereinfachungen im Vernehmlassungsverfahren vorgesehen.⁷⁴ Wie andere Bundesratsgeschäfte sind die Entwürfe im Mitberichtsverfahren innerhalb der Verwaltung den andern betroffenen Instanzen vorzulegen und erfahren so mehrfache Überarbeitungen. Die Beachtung dieser Verfahrensschritte ist prinzipiell bei allen rechtsetzenden Erlassen geboten.⁷⁵

C. Rechtsetzung und Publikation

1. Von der Verabschiedung zur Publikation eines Erlasses

Damit eine Norm rechtswirksam wird, muss sie in Kraft gesetzt und der Öffentlichkeit bekanntgemacht sein.⁷⁶ Gemäss GVG werden die Erlasse der Bundesversammlung zur Publikation dem Bundesrat (bzw. der Bundeskanzlei) übermittelt.⁷⁷ Für die Veröffentlichung von Verordnungen des Bundesrates oder von untergeordneten Stellen sind diese Behörden selber zuständig.⁷⁸ Weil das Bundesamt für Justiz und die Bundeskanzlei sich im Mitberichtsverfahren nur bei Anordnungen des Bundesrates zur Publikationsfrage äussern können, ist die Kontrolle der Erlasse von Dienststellen (und privaten Rechtsetzern) lückenhaft. Insbesondere wird nicht nachge-

70 Dazu AUBERT, Hiérarchie, 203 ff.; EGGIMANN Erlassformen, 81; G. MÜLLER, Rechtssetzung, 107 ff.

71 Diese Übereinstimmung besteht allerdings heute nicht mehr in genügendem Masse; vgl. EICHENBERGER, Rechtssetzungsverfahren, 22a; EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, 21; LINDER, Planung, 377; G. MÜLLER, Rechtssetzung, 108 f.; RHINOW, Parlamentsreform, 161 ff.; SALADIN, Kernenergie, 298 f.

72 Zur (Sub)Delegation vgl. Art. 7 Abs. 4 VwOG und hinten § 9 II C.

73 Art. 14 Abs. 2 VwOG.

74 Dieses wird gar nicht in allen Fällen durchgeführt und kann auch in Gesprächen statt in schriftlicher Form erfolgen. Vgl. Ziff. 24–27 RL-VV und zur Anschauung ACKERMANN, Verordnungsrechtssetzung.

75 VPB 44.28. Die “Initiative” zur Rechtsetzung geht normalerweise in Form eines gesetzlichen Auftrages von der Legislative aus. Vgl. auch vorn § 6 II zum Entstehungsverfahren.

76 Vgl. vorn § 6 II B.

77 Art. 66 Abs. 3 GVG.

78 BUSER, Bekanntmachung, 473.

prüft, ob in Regelungen, die der Bundeskanzlei nicht zur Bekanntmachung zugestellt werden, allenfalls doch publikationspflichtige Rechtssätze enthalten sind.⁷⁹

Was in der Gesetzessammlung zu veröffentlichen ist, regelt Art. 4 RKG enumerativ.⁸⁰ Es sind im wesentlichen Erlasse rechtsetzender Natur.⁸¹ Allerdings ist die Aufzählung nicht mehr in allen Teilen zutreffend, da die Arten behördlicher Erlasse erst in späteren Jahren in der heute gültigen Form festgelegt wurden.⁸² Zudem enthält sie verschiedene Lücken. So müsste bei einer Überarbeitung des RKG⁸³ unter anderem die Publikationspflicht der "aufgrund einer gesetzlichen Delegation ergehenden rechtsverbindlichen Erlasse von Stellen ausserhalb der Bundesverwaltung, die mit dem Vollzug von Bundesrecht beauftragt sind",⁸⁴ erwähnt werden. Rechtsetzende Anordnungen von nicht- oder halbstaatlichen Organisationen werden zwar teilweise auch heute in der Gesetzessammlung veröffentlicht. Weil aber eine klar formulierte Publikationsvorschrift fehlt, gelangen nur die der Bundeskanzlei bekannten Texte in die Sammlung. Damit ist eine gewisse Zufälligkeit verbunden, die allerdings der Systematik nicht völlig entbehrt: Wo keine Genehmigung durch eine Bundesbehörde erforderlich ist, unterbleibt die Publikation mit grösserer Wahrscheinlichkeit.⁸⁵

Offizielles Publikationsorgan für Rechtssätze ist die Sammlung der eidgenössischen Gesetze (AS). In ihr veröffentlichte Erlasse sind für den Bürger verbindlich.⁸⁶ Heute kommt zusätzlich dem PTT-Amtsblatt Rechtskraftwirkung zu.⁸⁷ Demgegenüber genügt die alleinige Publikation im Bundesblatt, im Handelsamtsblatt, in der Verkehrsaktsammlung usw.⁸⁸ grundsätzlich nicht, um einen Erlass für den Bürger verbindlich werden zu lassen.

79 BUSER, Bekanntmachung, 473 f.

80 Nach BUSER, Bekanntmachung, 474, ist die Aufzählung abschliessend, wogegen ZÜST, Veröffentlichung, 89, "keine Anzeichen dafür ..., dass die Aufzählung in Art. 4 RechtskraftG abschliessend sei", sieht; vgl. auch ZÜST, Veröffentlichung, 73.

81 Im Sinn des Rechtssatzbegriffes von Art. 5 Abs. 2 GVG.

82 Vgl. Art. 4–8 und insbes. Art. 5 Abs. 2 GVG, Art. 5 VwVG, Art. 7 Abs. 5 VwOG und die RL-GT.

83 Dazu sind in der Bundesverwaltung Vorarbeiten geleistet worden. Das Projekt soll gemäss Zwischenbericht zu den Regierungsrichtlinien (BBl. 1981 III 665 ff.) noch in der aktuellen Legislaturperiode behandelt werden.

84 BUSER, Bekanntmachung, 475. ZÜST, Veröffentlichung, 73, 89 ff.

85 Vgl. etwa die vorn § 6 Anm. 71 und 105 erwähnten nicht in der AS publizierten Regelungen der Käseunion.

86 Art. 9 Abs. 1 RKG. Die Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) hat keine Rechtskraftwirkung, was aus der Sicht der Praxis bedauerlich ist. ZÜST, Veröffentlichung, 192.

87 Art. 20 des BG vom 6. Okt. 1960 über die Organisation der Post-, Telefon- und Telegrafennetze (PTT-Organisationsgesetz) (SR 781.0).

88 BUSER, Bekanntmachung, 476.

2. Spezielle Publikationsbestimmungen

Das Postulat der Rechtssicherheit verlangt, dass es dem Bürger leicht gemacht wird, die gültigen Normen aufzufinden. Es leuchtet ein, dass eine einzige Sammlung der Rechtstexte im allgemeinen die Suche vereinfacht. Um die Amtliche Sammlung nicht zu überfrachten und Normen mit einem speziellen Adressatenkreis zielgerichteter bekanntzumachen, hat der Gesetzgeber aber die Möglichkeit vorgesehen, Erlasse "auf Grund besonderer Vorschriften auf anderem Wege zu veröffentlichen".⁸⁹ Von dieser Ermächtigung wurde gerade bei Erlassen, die nicht im ordentlichen Verfahren entstanden sind, wie vorne⁹⁰ dargestellt, relativ häufig Gebrauch gemacht. Sofern die besondere Publikationsart in einem Bundesgesetz angeordnet wird, wirft sie keine Probleme auf. Das RKG sanktioniert dieses Vorgehen ausdrücklich, schliesst aber gleichzeitig aus, dass auf dem Verordnungsweg abweichende Bestimmungen aufgestellt werden können.⁹¹

Von den erwähnten Fällen besonderer Publikationsart erweisen sich aufgrund dieser Bestimmungen vorerst die SUIA-Tarife (Beispiel C) und SEV-"Vorschriften" (Beispiel E) als ungenügend abgestützt. Ihre Veröffentlichung im SHAB bzw. SEV-Bulletin ist nur in einem Erlass der Verordnungsstufe geregelt.⁹² Für die SUIA-Tarife hat dies keine rechtlichen Folgen, weil Art. 8 RKG die Verankerung spezieller Publikationsvorschriften in einem formellen Gesetz nur für die Zukunft vorschreibt, die URVV jedoch einige Jahre vorher ergangen ist.⁹³ Anders ist die Lage bei den SEV-Vorschriften zu beurteilen, da das diese abweichenden Publikationsregeln statuierende Sicherheitszeichen-Reglement erst nach Erlass des RKG verabschiedet wurde. Wegen der fehlenden gesetzlichen Grundlage für die verbindlich wirkende Veröffentlichung im SEV-Bulletin⁹⁴ haben die konkretisierenden "Vorschriften" keine Rechtskraft; sie können nicht als staatliches Recht betrachtet werden, sondern gelten als Verweisungsobjekte.⁹⁵

Eine jüngere Änderung der Publikationspraxis betrifft in starkem Masse die ausgelagerte Rechtsetzung. Im Zusammenhang mit den immer zahl- und umfangreichen Staatsverträgen oft rein technischen Charakters stellte sich die Frage, ob diese in der AS vollumfänglich zu veröffentlichen seien oder ob ein Hinweis mit Angabe der Fundstelle genüge.⁹⁶ Ausgehend davon, dass prinzipiell alle rechtsetzenden Erlasse zu publizieren sind, drängte sich eine Interpretation des Rechtskraftgesetzes auf, die eine differenzierte Antwort bezüglich der Weise der Veröffentlichung erlaub-

89 Art. 5 lit. b RKG.

90 Vgl. § 6 II D.

91 Art. 8 in Verbindung mit Art. 5 lit. b RKG.

92 Unproblematisch ist dagegen die im Reglement der Bankenkommission vorgeschriebene Bekanntmachung von Verordnungen im SHAB, da sie zusätzlich zur Publikation in der AS erfolgen soll.

93 Das RKG stammt aus dem Jahr 1948, die URVV aus dem Jahr 1941.

94 Auf die gesetzliche Grundlage des SZR selber ist noch zurückzukommen, vgl. hinten § 12 II B 1.

95 VPB 41.110. Zur Problematik hinten § 12 II B 4.

96 Geschäftsbericht des Bundesrates (Bundeskanzlei), 1977, 2.

te: Wo ein Rechtserlass nur einen sehr beschränkten Personenkreis interessiere, besonders umfangreich sei oder beispielsweise aufwendige Darstellungen enthalte (Tabellen, Zeichnungen), werde dem Publizitätserfordernis im Grunde durch eine Aufnahme in die AS von Titel und Fundstelle der Regelung Genüge getan. Das Bundesamt für Justiz kam deshalb zum Schluss, dass im Falle “eines über das Notwendige und Gewollte hinausgehenden Wortlautes” wie bei Art. 4 RKG “eine Redimensionierung des gemeinten Wortsinnes gegenüber dem gegebenen Wortlaut” gerechtfertigt sei.⁹⁷ Abschliessend zitiert es aus einem Entwurf zur Revision des RKG, wo eine ausdrückliche Verankerung dieser Praxis vorgesehen ist:

“Erlasse, Verträge und Beschlüsse, die sich wegen ihres besonderen Charakters für die Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung nicht eignen, werden dort nur mit Titel und Fundstelle aufgenommen und in einem anderen Publikationsorgan oder als Sonderdruck veröffentlicht. Sie können bei der Bundeskanzlei bezogen werden.”⁹⁷

Schon heute wird die Publikation etwa von technischen Normen oder Berufsbildungsreglementen, wie wir gesehen haben, in diesem Sinne gehandhabt.⁹⁸ Wenn jedoch Regelungen in der AS weder publiziert noch im Sinne dieser neuen Praxis erwähnt werden, wie dies bei Erlassen der Käseunion und den Modell-Lehrgängen zur Berufsausbildung der Fall ist,⁹⁹ fehlt ihnen rechtlich gesehen die Verbindlichkeit.¹⁰⁰

D. Ausgelagerte Rechtsetzung und Genehmigung

1. Genehmigungsbedürftige Rechtserlasse im allgemeinen

Der Genehmigungsvorbehalt spielt bei Erlassen der ordentlichen Bundesgesetzgebung eine kleine Rolle: Nur in Ausnahmefällen hat der Bundesrat eine seiner Verordnungen der Bundesversammlung vorzulegen,¹⁰¹ und zwar am ehesten bei politisch “sensiblen Regelungsgegenständen”.¹⁰² Zahlreicher sind Genehmigungsvorbehalte anzutreffen, wo Ausführungsvorschriften föderalistisch dezentralisiert erlassen werden, sei es im Verhältnis Bund/Kantone¹⁰³ oder Kantone/Gemeinden.¹⁰⁴ Dabei

97 VPB 44.76.

98 Für die SEV-“Vorschriften” wäre also korrekterweise das SEV-Bulletin in der AS als Fundstelle anzugeben; sie sollten auch bei der Bundeskanzlei erhältlich sein.

99 Vorn § 6 Anm. 71 und 105.

100 Art. 9 RKG.

101 AUBERT, *Traité*, Nr. 1374, zählt kaum ein halbes Dutzend Fälle auf. Kürzlich wieder – nach einer jahrzehntelangen gesetzeswidrigen Praxis – dem Parlament unterbreitet wurden die revidierten Medizinalprüfungsreglemente (dazu VPB 44.93). Für die kantonale Ebene vgl. NEF, *Genehmigung*, 16 ff.

102 So VPB 44.93, S. 440 (Beispiele: Aussenwirtschaft, Zollgesetzgebung, Landwirtschaftsrecht, dazu BGE 104 Ib 385 ff.).

103 Beispielsweise die kantonalen Einfuhrungsgesetze zu den Kodifikationen im Zivil-, Straf- und Schuldbetreibungsrecht; weitere Beispiele bei AUBERT, *Traité*, Nr. 795, und neuerdings etwa Art. 36 Abs. 2 des Tierschutzgesetzes (AS 1981 562).

104 Dazu WARTMANN, *Genehmigung kommunaler Erlasse*.

geht es in erster Linie um Rechts- und weniger um Zweckmässigkeitskontrolle.¹⁰⁵ Wie wir gesehen haben, unterliegen die Regelungen von Privaten dagegen häufig, ja im Normalfall der Genehmigung durch staatliche Behörden.¹⁰⁶

2. Genehmigung und Rechtscharakter des Erlasses

Wenn eine Regelung nach ihrer Ausarbeitung der Genehmigung durch eine andere Instanz bedarf, fragt sich, wer als ihr verantwortlicher Urheber anzusehen ist bzw. welcher Rechtsetzungsstufe sie angehört. Die Antwort der Lehre ist eindeutig: Der Erlass verändert seinen "Rechtscharakter" durch die Genehmigung nicht; ein genehmigtes Einführungsgesetz zum ZGB etwa wird nicht Teil der Bundesgesetzgebung, sondern bleibt kantonales Recht.¹⁰⁷ So gilt auch – beispielsweise – für Sicherheitsnormen (Beispiel H), die von einer Fachorganisation erlassen und vom EDI genehmigt wurden, dass sie dadurch nicht zu Departementsverordnungen werden, sondern "Regelungen Privater" bleiben. Allerdings bleiben sie nicht einfach private Verbandsnormen mit Verbindlichkeit bloss für die Verbandsmitglieder, wie GRAUER meint:¹⁰⁸ Sie sind – von Privaten erlassenes – staatliches Recht, Verordnungen mit allgemeiner, heteronomer Verbindlichkeit.¹⁰⁹

3. Wirkung der Genehmigung

Dass die Genehmigung rechtliche Mängel eines Erlasses nicht heilt und Rekursorgane in ihrer Überprüfung befugnis nicht einschränkt, ist unbestritten: Die Genehmigung wirkt bloss als *vorläufige* Rechtskontrolle.¹¹⁰

Schwieriger zu beurteilen ist, ob die Genehmigung bei ausgelagerter Rechtsetzung *konstitutive* oder *deklaratorische* Wirkung hat, ob sie also Gültigkeitsvoraussetzung oder Feststellung der Gültigkeit eines bereits verbindlichen Hoheitsaktes

105 WARTMANN, Genehmigung kommunaler Erlasse, 82 ff.

106 Vorn § 6 II C 2/3.

107 AUBERT, Traité, Nr. 802; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 144. B. I.; WARTMANN, Genehmigung kommunaler Erlasse, 55 ff. Vgl. auch BGE 104 Ib 385 ff.

108 GRAUER, Verweisung, 190: "eine genehmigte Verbandsnorm bleibt eine Verbandsnorm; sie wird dadurch nicht zu einem Rechtserlass." (Mit Verweis auf IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 144, wo es allerdings nur um die "Genehmigung der Erlasse *anderer Behörden*" geht; Hervorhebung U. B.). Unklar bleibt für mich die Aussage von LENDI/NEF, Erfüllung, 32: "Ist die Genehmigung konstitutiv, so wird der Rechtsetzungserlass zu einem solchen des Staates."

109 Hinten III D.

110 AUBERT, Traité, Nr. 799, 800; GRAUER, Verweisung, 189; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 144 B. II; WARTMANN, Genehmigung kommunaler Erlasse, 92f.; BGE 104 Ib 385 ff. – Nichtgenehmigung hat jedoch Bindung zur Folge: IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 144 B. II.

ist.¹¹¹ Ohne gegenteilige Vorschrift ist im Verhältnis Bund/Kantone lediglich deklaratorische, im Verhältnis Kanton/Gemeinde dagegen konstitutive Wirkung anzunehmen.¹¹² Für ausgelagerte Rechtsetzung hat meines Erachtens die Genehmigung konstitutive Wirkung: Wo die Privaten nach Gesetz nicht autonom hoheitlich regeln können,¹¹³ sind Rechtsverbindlichkeit und Genehmigung in dem Sinn miteinander verkoppelt, dass ein Erlass von Privaten, dem die Genehmigung verweigert wurde, keine allgemeine Verbindlichkeit entfalten kann.¹¹⁴ In einigen Fällen ist im Gesetz ausdrücklich die konstitutive Wirkung der Genehmigung festgehalten,¹¹⁵ in andern geht aus der Delegationsnorm implizit hervor, dass die private Regelung erst mit der Genehmigung allgemeine, heteronome Verbindlichkeit erlangt.¹¹⁶

III. Der weite Rechtsetzungsbegriff der Regelungslehre

A. Einführung

Die Schwierigkeiten mit der Bestimmung von "Rechtsetzung" bzw. "Rechtssatz" in Theorie und Praxis haben ihren Niederschlag in verschiedenen Beiträgen der Lehre gefunden, von denen einige jüngeren Datums hier herangezogen werden. Der begrifflichen Erstarrung begegnen diese Autoren mit einer grundsätzlichen Problematisierung des Rechtsetzungsbegriffs, und über alternative, umfassendere Ansätze versuchen sie, die Kategorie "Rechtsetzung" neu zu fassen und für die Theorie wieder fruchtbar zu machen: etwa mit der Ablösung der Idee vom staatlichen Rechtsetzungsmonopol (im Gesetz) durch die Anerkennung verschiedener Formen privater Normierungsmacht, etwa bei Institutionsstatuten und mittels Verträgen (MEYERCORDING, hinten D); mit dem Postulat, Rechtsetzung aus der Verklammerung mit dem Gewaltenteilungsdogma zu lösen und in einen näheren Zusammenhang mit der Bedeutung staatlicher Aufgaben und der demokratischen Kompetenzordnung zu bringen (EICHENBERGER, SCHAUMANN, GEORG MÜLLER, hinten C); mit der Einbettung der Rechtsetzung in ein System der Rechtsverwirklichung, das nur einen, aber einen umfassenden Normbegriff kennt (RHINOW, hinten B).

Ausgewählte Elemente dieser Theorien, die für die Qualifizierung der hier herausgegriffenen Regelungen Privater von Bedeutung sind, werden im folgenden dargestellt.

111 IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 144 B. III. NEF, Genehmigung, 20 f.

112 AUBERT, Traité, Nr. 797; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 144 B. III.

113 Vorn § 6 II C 2.

114 WARTMANN, Genehmigung kommunaler Erlasse, 53. Unter Umständen kann der Erlass als Verbandsnorm bestehen bleiben; zur Publikation weitergeleitet wird er aber sicher nicht.

115 Vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 AVEG (Beispiel B), Art. 37 Abs. 2 VAG (Beispiel F); Art. 3 Abs. 3 STEV (Beispiel H).

116 Beispielsweise Art. 121quater StStV bezüglich des SZR (Beispiel E).

B. Von der absoluten Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung zum umfassenden Normbegriff

1. RENÉ A. RHINOWS Argumentation

RHINOW stellt in seiner Habilitationsschrift zum Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung die Fragestellung in ein Netz, das Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Staatslehre miteinander verknüpft.¹¹⁷ Indem er zuerst den Prozess der Anwendung gegebener Rechtsakte untersucht, nähert er sich der Rechtsetzung – wie im Vorwort formuliert – quasi “von hinten her”: nämlich über die Untersuchung der methodischen Schritte und Probleme bei der Rechtsgewinnung (mit Überlegungen zur Auslegungslehre, zur Bedeutung von Lücken, unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen usw.). Dabei kommt er zum Schluss, dass “in jeder Rechtsanwendung ein echtes Stück ‘Entscheidung’ liegt” und dass jedes “Normprogramm der Aktualisierung und Konkretisierung” bedarf, da es nicht mit ‘Erkenntnis’ allein durchdrungen werden kann.¹¹⁸ Durch die Anerkennung solcher rechtspolitischer Anteile¹¹⁹ verliert die Rechtsanwendung ihre Konturen gegenüber der Rechtsetzung. Aber auch deren Produkte – Rechtssatz und Einzelakt – lassen sich rechtstheoretisch nicht gegeneinander abgrenzen.¹²⁰ RHINOW postuliert deshalb, auf die Differenzierung zwischen Rechtssatz und Einzelakt zu verzichten und stattdessen von einem umfassenden Normbegriff auszugehen.¹²¹ “Weder durch materiale Gesichtspunkte noch durch formal-logische Elemente” definiert, sieht er in der Norm das “sprachlich vermittelte und ‘sachbestimmte’ Ordnungs- und Gestaltungsmodell der Wirklichkeit”.¹²² Notwendigerweise von der Wirklichkeit abstrahiert, eine fragmentarische, segmentierte Regelung und ‘offene Vorausbestimmung’,¹²³ ist für die Norm das von ihr ausgehende Sollen, ihre Normativität, entscheidend: Sie ist eine Geltungsanordnung.¹²⁴

Wenn mit diesem umfassenden Normbegriff die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung mittels deren Produkte entfällt, wenn Rechtsanwendung Konkretisierung und immer auch Rechtsetzung¹²⁵ ist, verliert “Rechtsetzung” seine *kategoriale* Bedeutung für die Staatslehre und das Verfassungsrecht. Es erweitert sich dafür der Kanon der Rechtssatz- und der staatlichen Handlungsformen

117 RHINOW, Rechtsetzung, Ziff. 611 (S. 195 ff.). Mit der konzentrierten Darstellung wichtiger Gedanken aus diesem Werk kann der Komplexität des Themas nicht volle Gerechtigkeit widerfahren.

118 RHINOW, Rechtsetzung, 134 und 164 f. Ähnlich MARTI, Verordnungsrecht, 48 ff.

119 RHINOW, Rechtsetzung, 165 f. Kritisch differenzierend zur Rolle der politischen Wertung in der Rechtsverwirklichung LINDER, Legalität, III.

120 RHINOW, Rechtsetzung, 202 ff. und 215 ff.; vgl. auch vorn I.

121 RHINOW, Rechtsetzung, 222, 227.

122 RHINOW, Rechtsetzung, 227.

123 CHRISTIAN STARCK, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden, 1970.

124 RHINOW, Rechtsetzung, 227 f. Vgl. auch 229 ff. zu Norm und Rechtsgleichheit.

125 “Rechtsetzung” ist allerdings nicht gleich “Konkretisierung”: Verfassungsschöpfung bleibt als “Residuum nichtkonkretisierender Rechtsetzung”, RHINOW, Rechtsetzung, 234.

(Verfahren).¹²⁶ Die Rechtsetzungs- öffnet sich zu einer Regelungslehre,¹²⁷ die nach den Funktionen der verschiedenen Anordnungen innerhalb des Rechtsverwirklichungsprozesses zu fragen hat.¹²⁸ Statt im Korsett von “methodisch unhaltbaren Dichotomien” zu ersticken, ist eine von der Enge befreite “integrierende Betrachtung und Analyse” geboten und zu prüfen, “wer im Rechtsstaat was, gegenüber wem, in welchen Formen, in welchem Verfahren, mit welcher Wirkung ‘regelt’, d.h. auch regeln kann und soll.”¹²⁹

2. Folgerungen für die hoheitlichen Regelungen Privater

Unter dem Regime des weiten, des umfassenden Normbegriffs steht ausser Zweifel, dass die für diese Arbeit herausgegriffenen Fälle von Regelungen Privater normierenden Charakter aufweisen. Schwieriger zu begründen ist die Beschränkung auf bestimmte Arten von privaten Regelungen. Rechtsetzend wäre ja beispielsweise auch die Festsetzung von Zuschlägen und Abzügen gegenüber den einzelnen Milchlieferanten durch die verbandlichen Sammelstellen.¹³⁰ So weit ist aber die vorliegende Untersuchung nicht gefasst: Nicht alle Varianten privater “normierender” Mitwirkung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen zur Diskussion, sondern ganz bestimmte — ein kleiner Ausschnitt aus der Normfülle. RHINOW selber betont an mehreren Stellen, dass die Ablehnung der Dichotomie Rechtssatz/Einzelakt durchaus zulasse, verschiedene Normstrukturen und Normtypen zu unterscheiden und de lege lata ihre spezifische Bedeutung und Funktion anzuerkennen.¹³¹ Mit diesem Konzept wird es geradezu unumgänglich, Regelungen im Hinblick auf spezifische Funktionen zu differenzieren¹³² und die Verteilung der Regelungslast auf verschiedene Funktionsträger neu zu überdenken.¹³³

RHINOW nennt an verschiedenen Stellen eine Reihe von Kriterien wie Normdichte, Verbindlichkeit, Adressaten, Mitwirkungs- und Rechtsschutzformen, Entscheidungsprimat, die dabei ins Gewicht fallen könnten und sollten. Der konkrete Massstab, der auch für unsere Problematik herangezogen werden könnte, bleibt aber noch zu konstruieren.

126 RHINOW, Rechtsetzung, 237 f., 244. MARTI, Verordnungsrecht, 79.

127 RÖDIG, Begriff des Gesetzes, 46 f., ficht mit dem Ziel “Automationsgerechtigkeit” (Computer) ebenfalls für eine Gesetzgebungstheorie als unselbständigen Teil einer Regelungslehre.

128 RHINOW, Rechtsetzung, 239 f. Für eine funktionale Betrachtung auch HALLER, Raumplanung, 173.

129 RHINOW, Rechtsetzung, 244. Diese Arbeit bleibt nach RHINOW noch zu leisten.

130 Art. 6 MB.

131 Z.B. RHINOW, Rechtsetzung, 240, 245 ff., 261.

132 RHINOW, Rechtsetzung, 245 f. und 247 ff.

133 RHINOW, Rechtsetzung, 249 ff.; vgl. auch RHINOW, Parlamentsreform, passim, und nachfolgend C.

C. Rechtsetzung und demokratische Kompetenzordnung

1. GEORG MÜLLERS Anliegen

GEORG MÜLLER geht in seiner Habilitationsschrift der Frage nach, wie die Rechtsetzungsaufgaben den verschiedenen Staatsorganen zuzuordnen sind, wie also die "Regelungslast" zu verteilen ist. Ziel ist es, Inhalt und Form (mit ihr liegen aber auch Zuständigkeiten und Verfahren fest)¹³⁴ der Regelungen wieder in einen Sinnzusammenhang mit der demokratischen Staatsordnung zu bringen.¹³⁵ Denn die "Funktion der Rechtssetzung auf den verschiedenen Stufen und die Kompetenzordnung stehen in einem dialektischen Verhältnis zueinander".¹³⁶ Es ist nicht nur der Inhalt von Verfassung, Gesetz und Verordnung als Folge der Kompetenzordnung zu sehen, sondern auch umgekehrt "die Kompetenzordnung als Folge einer funktionell 'richtigen' Umschreibung des Inhalts der Rechtsformen."¹³⁷ Die funktionelle Betrachtungsweise öffnet zudem den Blick für die Frage, wozu die "Rechtssetzung im Gegensatz zu andern Staatstätigkeiten" dient.¹³⁸ Ohne Anspruch auf präzise Begriffsbildung¹³⁹ will er die Rechtsetzung aus der Verknüpfung mit dem Gewaltenteilungsdogma¹⁴⁰ gelöst verstehen und charakterisiert sie als "das Vorausbestimmen künftigen, wiederholbaren Geschehens mit Hilfe der Festlegung verbindlicher Vorstellungsmodelle",¹⁴¹ als "vorwegnehmende generalisierende Regelung einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle, als Programmierung künftigen Geschehens".¹⁴² Dies lässt sich vor allem auf dem Weg der generellen und abstrakten Regelung erreichen.¹⁴³

Für MÜLLER stellt sich im Hinblick auf die Verteilung der Regelungslast vor allem die Frage, was auf dem Weg der Rechtsetzung – vorweg – und wo erst im konkreten Fall zu entscheiden ist.¹⁴⁴ Mehrere rechtsetzende Organe, Verfahren und Formen voraussetzend, die der Unterschiedlichkeit der Rechtsetzungsaufgaben

134 Diese drei sind "korrelative" Begriffe, G. MÜLLER, Rechtssetzung, 12, mit Verweisung auf EICHENBERGER, Rechtssetzungsverfahren, 9a ff.

135 Zur fehlenden Kongruenz vgl. auch EICHENBERGER, LINDER, G. MÜLLER, RHINOW und SALADIN (zit. vorn Anm. 71).

136 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 2.

137 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 2.

138 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 3. Dazu auch SCHAUMANN, Staatsführung, passim.

139 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 3.

140 Auf dem Pfad, den u.a. EICHENBERGER vorgezeichnet hat. G. MÜLLER, Rechtssetzung, 14.

141 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 16; es bleibt dann mindestens eine weitere Staatsfunktion, nämlich "das Entscheiden von Einzelfällen oder das Treffen von Einzelanordnungen – die Rechtsanwendung". Zur Begründung der von RHINOW in Frage gestellten Unterscheidbarkeit von Rechtsetzung und Rechtsanwendung beruft sich MÜLLER, 17, auf LUHMANN'S Konzept von programmierenden und programmierten Entscheiden, vgl. dazu vorn I am Schluss.

142 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 54.

143 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 83.

144 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 54 ff. Für RHINOW ist die ex-ante-Entscheidung nur eine – wichtige – Erscheinungsform von Rechtsetzung, vgl. etwa 227 f., 240, 265, 279.

und dem Grad der demokratischen Legitimation eines Organs gerecht werden sollen, stellt er dann im Hauptteil seiner Arbeit Kriterien für die Zuweisung der verschiedenen Regelungen aufgrund ihrer "Wichtigkeit" auf. Er steht damit in einer typisch schweizerischen Tradition,¹⁴⁵ die für die Bestimmung der Rechtsetzungsfunktion demokratische Leitgedanken in den Vordergrund stellt.¹⁴⁶

2. Anwendung auf die hoheitlichen Regelungen Privater

Die Definition von Rechtsetzung als "vorwegnehmende, generalisierende Regelung einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle" erlaubt es ohne weiteres, die hier zur Diskussion stehenden Regelungen Privater als rechtsetzende Erlasse zu bezeichnen: Die "Vorschriften" des SEV (Beispiel E), die allgemeinverbindlich erklärten GAV (Beispiel B), die Anordnungen des ZVSM (Beispiel K) regeln ebenso wie der Tarif für die obligatorische MHV (Beispiel F) ex ante eine unbestimmte Vielzahl von Fällen. Das drückt sich u.a. darin aus, dass diese Regelungen alle – wenn auch nicht unbedingt in der für Rechtssätze nach dem RKG vorgesehenen Weise – der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden. Einzelfallentscheidungen werden typischerweise (und wo nicht wegen Praxisklärungen ein Interesse an der Publikation besteht) nur den Parteien eröffnet.

Weitere Elemente aus MÜLLERS Argumentation, insbesondere die Kriterien für die Zuweisung der Regelungslast, werden uns später noch beschäftigen, wenn es um die Zulässigkeit und die Ausgestaltung der Kompetenzen Privater geht.¹⁴⁷

D. Die Öffnung des Rechtsnormenbegriffs durch Anerkennung nichtstaatlicher Normgeber

1. ULRICH MEYER-CORDINGS Sichtweise

MEYER-CORDING will in seinem "kritisch-polemischen Beitrag" die juristische Dogmatik zum Thema "Rechtsnormen" von ihrer Vogel-Strauss-Haltung abbringen: Sie soll zur Kenntnis nehmen, dass neben den Rechtsnormen in Gesetzesform viel-

145 Gegenüber der Betonung rechtsstaatlicher Funktionen, wie in der deutschen und der von ihr beeinflussten Doktrin vorherrschend, vgl. LINDER, Legalität, II C 2.

146 Hier kann nur hingewiesen werden auf andere Autoren, die sich unter verschiedenen Aspekten um die Klärung der Zusammenhänge zwischen Demokratieprinzip und Rechtsetzungsfunktion bemühten: EICHENBERGER, Rechtsetzungsfunktion, mit Berufung auf BURCKHARDT, Kommentar, 666; LINDER, Legalität; RHINOW, Parlamentsreform; SALADIN, Kernenergie; SCHAUMANN, Staatsführung.

147 Hinten § 9 II A und – in der Auseinandersetzung mit BGE 103 Ia 369 ff. (WAEFFLER) § 13 II B.

fältige andere Normen bestehen und ihre verbindliche Wirkung entfalten.¹⁴⁸ – Mit dem wachsenden Bedürfnis nach Normierung wegen der wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen beim Übergang zur Industriegesellschaft besann man sich des Römischen Rechts, das die Voraussetzungen dafür lieferte, das gesteigerte Regelungsbedürfnis einerseits mit der weiteren Ausgestaltung des Vertrags (für die Rechtsbeziehungen der einzelnen auf dem Markt) und andererseits mit der Institutionalisierung der Gesetzgebung (für die auf die Gemeinschaft bezogenen generellen Regeln) zu befriedigen.¹⁴⁹ Rechtsnorm, allgemeine Regel und Gesetz wurden in der Folge verkürzend gleich- und dem individualistischen Vertrag entgegengesetzt, wobei sich heute die Grenzen als unklar, als übertüncht darstellen.

Für MEYER-CORDING ist das entscheidende Kriterium der Rechtsnormen nicht ihre Herkunft von der staatlichen Legislative, sondern ihre soziale Funktion, nämlich “den Gruppen und Institutionen als dauerhafte Strukturelemente zu dienen”, was “technisch ermöglicht (wird) durch ihre allgemeine und abstrakte Fassung”.¹⁵⁰ Auf diesem Hintergrund spricht er der vertraglichen Vereinbarung zwar nicht den rechtsschöpferischen Charakter, aber grundsätzlich die Rechtsnormen-Qualität ab.¹⁵¹ “Einzelregelungen, die an bestimmte Personen gebunden sind und mit deren Wegfall oder mit Erledigung des spezifischen (Vorgangs) gegenstandslos werden”, fallen nicht unter seinen Rechtsnormenbegriff.¹⁵² Die Kompetenz, generelle Regelungen zu erlassen – und das ist im gegebenen Zusammenhang entscheidend – liegt allerdings nicht beim Staat allein.¹⁵³ Der Staat besitzt zwar das Monopol zur Gesetzgebung, aber es bleibt daneben Raum für die Setzung von generellen Regeln, von Rechtsnormen (wenn auch nicht von “Gesetzen”) durch andere Normgeber; gleichzeitig mit dem Vorrang der staatlichen Rechtsordnung ist eine Pluralität der Institutionen und ihrer Rechtsordnungen, sind nichtstaatliche Normierer anzuerkennen.¹⁵⁴ Zwangsnormen, oktroyierte Normen, die gewöhnlich erga omnes ergehen und für ihre Anwendung der individuellen Zustimmung nicht bedürfen,¹⁵⁵ sind prinzipiell auf den staatlichen Bereich beschränkt. Ausser den der Privatautonomie und damit nicht der Fremdbestimmung unterliegenden Rechtsgeschäften gibt es in einem Zwischenbereich nichtoktroyierte, nichtstaatliche¹⁵⁶ Statusnormen: Die Ordnung einer Institution (Verband usw.) gilt nicht nur inter partes, sondern erfasst auch

148 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 2. Er nennt im besonderen Richterrecht, Verwaltungsvorschriften, Verbandsstatuten, Tarifbestimmungen, AGB.

149 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 10 f.

150 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 25.

151 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 15, 26 f.; vgl. zu dieser Frage auch die (abweichende) Meinung von EUGEN BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen, 1965.

152 MEYER-CORDING, 26 ff., insbes. 28.

153 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 39 ff.

154 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 57 ff.

155 Dass auch in der schweizerischen Referendumsdemokratie in diesem Sinn von einem Zwangsstatus zu sprechen ist, sei klärend festgehalten: Auch wer sich in der Abstimmung gegen eine Vorlage ausspricht, ist bei ihrer Annahme gebunden.

156 Zu den staatlichen Wahlstatus-Normen (Anstaltsordnungen u. ä.) vgl. MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 82, 115 ff., 122 ff.

“die noch unbestimmten und wechselnden Personen, die mit ihr in Beziehung treten (z.B. Vereinsmitglieder werden)”; man begibt sich freiwillig in den Gestaltungsreich einer solchen Ordnung und deshalb in einen Wahlstatus; durch diesen Entscheid unterwirft man sich dann jedoch den institutionellen Normen.¹⁵⁷ In Vertragsform tauchen solche Wahlnormen etwa in den AGB oder im Arbeitsverhältnis auf. Dabei ist die Versuchung gross, diese privaten institutionellen Wahlnormen “Ausenseitern” zu oktroyieren und sie dadurch zu privaten Zwangsnormen zu machen.¹⁵⁸

2. Ergebnisse für die hoheitlichen Regelungen Privater

MEYER-CORDINGS Angriff auf die “schizophrene” Einstellung der Rechtswissenschaft gegenüber den Erscheinungen, die weder “eigentliches” Gesetz noch “gewöhnlicher” Vertrag sind, macht vor allem darauf aufmerksam, dass der Staat kein Normierungsmonopol besitzt, dass auch im privaten Bereich institutionelle Normen vorkommen. Neben dem staatsbürgerlichen Zwangsstatus stehen so verschiedene freiwillig akzeptierte Wahlstatus-Verhältnisse, die nur Teilbezüge der Gesamtperson erfassen.¹⁵⁹ Bei der Regelung ihrer Beziehungen “üben sich” die privaten Institutionen in der Normgebung. Sie entlasten dadurch teilweise den staatlichen Rechtsetzer – und bieten sich ihm gleichsam zur Kooperation an. Wenn dabei die institutionellen Wahlnormen zu staatlichen Zwangsnormen werden, kann diese “fremde” Aufgabe durchaus im Interesse der Privaten liegen.¹⁶⁰

Im Blickfeld dieser Arbeit sind weniger die Probleme der Wahlstatus-Normen als die zu Zwangsnormen erhobenen Regelungen privater Institutionen, unabhängig von der Ausgangssituation: Ob Verbände wie der ZVSM mit hoheitlichen Normierungsaufgaben betraut oder Regeln technischer Verbände vom Staat übernommen werden, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Wichtig ist die Feststellung, dass hier generell-abstrakt gefasste Regelungen mit Zwangswirkung von Institutionen geschaffen werden, die üblicherweise nur Wahlnormen formulieren dürfen. Damit wird der Blick auf Diskrepanzen gelenkt, die durch die spezifischen Entscheidungsverfahren und Interessen privater Institutionen gegenüber den staatlichen Legislatoren entstehen.

157 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 47. Zur Frage, welche Institutionen eine *Befugnis* zur Normsetzung haben (sollen) vgl. MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 57 ff.

158 MEYER-CORDING, 131 ff., insbes. 143 ff., zu den Schritten und Hindernissen auf dem Weg an dieses Ziel.

159 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 153.

160 Beispiel technische Normung (hinten § 13 III C).

IV. *Die Regelungen privater im Spannungsfeld zwischen dem Rechtsetzungsbegriff des geltenden Rechts und der Regelungstheorie*

A. Die praktische Notwendigkeit einer Zuordnung der Regelungen zur Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsfunktion

RHINOWS rechtstheoretischer Argumentation, dass jede Regelung Rechtsetzung und grundsätzlich *zugleich* Rechtsanwendung (und umgekehrt) sei, steht gegenüber, dass de lege lata ein Akt immer entweder als rechtsetzend *oder* rechtsanwendend behandelt werden muss.¹⁶¹ Während die neuere Theorie, den Regelungsgehalt betrachtend, die Relativität der Funktionen und materiellen Begriffe betont, arbeitet die Praxis, von gewissen Ausnahmen vor allem beim Plan abgesehen,¹⁶² mit einer im Grunde formellen und absoluten Abgrenzung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Diese Spannung kann jedenfalls hier nicht prinzipiell gelöst werden; die Regelungen Privater müssen und sollen aber in diesem Spannungsfeld lokalisiert werden.

Aus praktischen Gründen verbleibt im Moment nur, die verschiedenen Mitwirkungsformen Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der einen oder der andern Kategorie von Rechtsfunktionen zuzuordnen; das gesetzte Recht setzt diese Unterscheidung voraus und macht von ihr die Wirkungen und Folgen solcher Akte abhängig. Die RHINOWSCHE Kritik am Rechtssatzbegriff gibt jedoch Anlass und Berechtigung, davon abzurücken, die generell-abstrakte Norm als einziges Einweiskriterium zu berücksichtigen. Es kann nun nicht darum gehen, dieses Kriterium einfach durch ein anderes zu ersetzen. Die Relativität der Funktionen legt vielmehr nahe, bei der Einweisung eines Aktes in eine bestimmte Rechtsform auch funktionelle Aspekte mitzuwerten.

B. Die Regelungen Privater und die Rechtsetzungsfunktion

1. Besonderheiten bei den Regelungen Privater

Weil Rechtsetzung gedanklich so sehr mit der gesetzgeberischen Funktion verknüpft ist und weil der Gesetzgeber wiederum in der demokratischen Kompetenzordnung eine Vorrangstellung hat,¹⁶³ besteht eine Tendenz, bestimmte "generell-abstrakt" formulierte Akte der Kategorie "Rechtsetzung" nur mit Zurückhaltung zuzuweisen.¹⁶⁴ In diesem Lichte ist die langjährige restriktive Behandlung von Verwaltungs-

161 Vgl. vorn II A 2 a.

162 Vorn II A 2 c.

163 Auf die sich dadurch ergebenden Differenzierungen lenkt vor allem G. MÜLLER, *Rechtsetzung, das Augenmerk*.

164 Dabei ist jene nicht unbedingt widersprüchliche, gegenläufige Tendenz nicht aus dem Auge

verordnungen, samt jener mit "Aussenwirkungen",¹⁶⁵ zu betrachten. Ähnlich lässt sich der Versuch verstehen, gewisse generelle Anordnungen nicht als rechtsetzend zu qualifizieren, indem man für die Anerkennung der Abstraktheit einer Regelung eine genügende "Streuung" verlangt.¹⁶⁶ Damit wird die Rechtsetzungsfunktion entlastet und bleibt zugleich die Normstruktur als Unterscheidungskriterium – in einer Umdeutung – erhalten.

Auf diesem Hintergrund ist es nicht selbstverständlich, dass die Rechtsetzung als "vornehmste" Staatsfunktion für Private überhaupt geöffnet wird. Es ist ja denn auch keine Rede von einer grundsätzlichen Anerkennung privater Rechtsetzer; die vielfältigen "Abnormitäten"¹⁶⁷ im Entstehungsverfahren sowie bei der Form der ausgelagerten Regelungen sind wohl nicht nur auf pragmatische Einzelentscheidungen¹⁶⁸ zurückzuführen, sondern sollen ebenso die "mindere Herkunft" der Regelungen signalisieren.¹⁶⁹ Gerade diese Abweichungen erschweren allerdings zusätzlich die Beantwortung der Frage, in welche Rechtsfunktion bestimmte Akte von Privaten einzuweisen sind, und im besonderen die Zurechnung zur Rechtsetzung. Deshalb sollen für die Einordnung der Regelungen Privater nicht in erster Linie die gesetzlichen Festlegungen als Massstab herangezogen werden.

2. Rechtsetzung als eine von mehreren staatlichen Handlungsformen

Rechtsetzung als eine von mehreren, nicht mehr in einem dichotomen System gefangenen staatlichen Handlungsformen zu definieren, kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein. Zu begründen ist aber, warum gewisse Regelungen Privater, die den strengen Anforderungen an rechtsetzende Erlasse keineswegs genügen, wie etwa die SUIZA-Tarife (Beispiel C) oder gewisse Käseunion-Regelungen (Beispiel K), hier der Rechtsetzung zugerechnet werden.

Allgemein gesprochen haben all diese Erlasse innerhalb des Rechtsverwirklichungsprozesses die Funktion, im einzelnen noch nicht eingetretene Situationen *ex ante* zu normieren: Als "Ordnungs- und Gestaltungsmodell der Wirklichkeit", als "Geltungsanordnung" sind sie im RHINOWSCHEN Sinn *normierend*,¹⁷⁰ indem sie *vorwegnehmend* und generalisierend eine *Vielzahl gleichgelagerter Fälle* regeln, indem sie künftiges Geschehen programmieren, sind sie zudem nach G. MÜLLER der

zu verlieren, die besonders wichtige Einzelakte den demokratischen Verfahren der Rechtsetzung unterstellen will.

165 IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 9; MANFRINI, Ordonnances administratives.

166 Im einzelnen vorn II A 2 c.

167 Vgl. vorn § 6 II B, C.

168 Vorn § 6 II B 2.

169 Dazu LINDER, Legalität, I F 2 b. cc, bezüglich der Bedeutung der Informalität der Mitwirkung von Gruppen und Interessen bei der staatlichen Willensbildung.

170 Vgl. vorn III B. (nicht nur Realakte).

Rechtsetzungsfunktion zuzuschreiben, die gemäss dem Grad der Wichtigkeit durchaus auf verschiedene – auch private? – Organe verteilt werden soll;¹⁷¹ und weil diese von Privaten formulierten Regelungen heteronom wirken, statt wie nach MEYER-CORDING¹⁷² üblich als Wahlstatusnormen, sind sie schliesslich als (staatliche) Rechtsetzung anzusehen.

Alle drei Autoren betrachten Rechtsetzung (oder Normierung) unter funktionalen statt wie der Gesetzgeber nur unter strukturellen Aspekten: Die generelle und abstrakte Formulierung bestimmt nicht mehr die Qualität als Norm, sondern erweist sich als – ein – Mittel, Normierung zu erreichen. Wir geraten dadurch in die unangenehme Lage, Rechtsetzung über ihre Funktion und Wirkung zu definieren, die nach geltendem Recht erst die Folgen der Zuordnung und gerade nicht ihre Bestimmungsmomente sind. De lege lata ist diese Betrachtungsweise sicherlich unzulässig; weil sich aber der gesetzliche Rechtsetzungsbegriff von der Theorie in Frage gestellt sieht, scheint es mir berechtigt, an dieser Stelle zu postulieren, dass Regelungen privater Kompetenzträger, die *als Verordnungen wirken*, auch als *Rechtsetzung behandelt* werden. Bei einer Neufassung des Rechtsetzungsbegriffs wäre zudem darauf zu achten, dass auch solche Regelungen mitumfasst würden.

Würde die Rechtsetzung von der Funktion her definiert,¹⁷³ blieben ausserdem Voraussetzungen und formelle Folgen zu bestimmen: Für alle Regelungen wären Anforderungen etwa an das Entstehungsverfahren, an Zuständigkeiten, Anhörungs- und Mitwirkungsrechte oder die Publikation zu formulieren und vor allem Modalitäten und Grenzen ihrer Kontrolle und Abänderung festzulegen.¹⁷⁴ Noch weitergehend als heute könnten differenzierte Antworten auf die Frage beispielsweise nach der Verteilung der Regelungslast, der Veröffentlichungsart oder der Anfechtungsmöglichkeiten gegeben werden. Zu unterscheiden wäre dabei sicherlich – u.a. – auch danach, ob eine Regelung durch einen aus der staatlichen Organisation ausgelagerten Kompetenzträger erlassen wird.

C. Regelungen privater als Rechtsetzung

1. Vorbemerkung

Wenn für Rechtsetzung die heteronome Vorausbestimmung oder das Vorzeichnen künftiger Situationen bzw. wiederholbaren Geschehens wesentlich ist, sind die hier behandelten Regelungen Privater daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie in diesem Sinne wirken. Dabei ist in Betracht zu ziehen, dass de lege lata als einzige andere

171 Vgl. vorn III C.

172 Vgl. vorn III D.

173 Wie viele und welche Funktionen und Handlungsformen neben der Rechtsetzung zu unterscheiden wären, bleibe hier offen.

174 Dazu hinten § 14.

Kategorie für staatliche Akte die ebenfalls auf Regelbildung verpflichtete¹⁷⁵ Rechtsanwendungsfunktion zur Verfügung steht. Wie wir gesehen haben, verfliessen die Grenzen zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung; die Einweisung in die eine oder andere Kategorie bleibt daher in vielen Fällen problematisch und für die ausgelagerten Regelungen besonders schwierig.

Es geht hier nicht darum, anstelle der bisherigen Gewissheit der Abgrenzungen eine neue absolute Trennlinie oder aber regellose Freiheit in der Zuordnung zu postulieren. Mit einer relativen Öffnung der Konzepte soll lediglich Raum geschaffen werden für die adäquate Plazierung verschiedenartiger Regelungen. Ausgehend von der speziellen Situation bei ausgelagerten Regelungen einen konkreten Massstab zu formulieren, der allgemein Kriterien für die Einweisung in bestimmte Rechtsfunktionen festlegen würde, wäre allerdings vermessen. Darum wird im folgenden nur begründet, warum *mindestens* die hier behandelten Regelungen Privater als Rechtsetzung betrachtet und grundsätzlich den Regeln über Entstehung und Folgen von Rechtsetzungserlassen unterstellt werden sollten.

2. Rechtsetzungsqualität bei Regelungen von Privaten

Die Regelungen privater Organe entstehen nicht im Verfahren der ordentlichen Verordnungsgebung. Dennoch werden einige von ihnen, nämlich im besonderen das SZR (Beispiel E) und zahlreiche Verordnungen im Bereich der Milchwirtschaft (Beispiel K), genau wie Verordnungen des Bundesrates oder eines Departements behandelt und publiziert. Sie entfalten so die gesetzlich vorgesehenen Wirkungen und Folgen "rechtsetzender" Erlasse. Die Rechtsetzungsqualität solcher Regelungen steht im folgenden nicht mehr zur Diskussion.

Ebenso wenig braucht trotz zusätzlicher Besonderheiten bezüglich der Veröffentlichung¹⁷⁶ die Zuordnung zur Rechtsetzungsfunktion speziell begründet zu werden für die allgemein verbindlich erklärten, von Verbänden aufgestellten GAV (Beispiel B) oder technischen Sicherheitsnormen (Beispiel H):¹⁷⁷ Mit der AVE bzw. Genehmigung kommt diesen Regelungen gemäss ausdrücklichen gesetzlichen Spezialbestimmungen Verordnungswirkung zu. Auch die von den Berufsverbänden formulierten Diplom-Reglemente (Beispiel D) werden mit ihrer Genehmigung allgemeinverbindlich. Eine analoge Lösung hatte der Bundesrat für die von der zuständigen privaten Fachorganisation erlassenen Vorschriften über die Methoden bei der Untersuchung von Lebensmitteln (Beispiel G) getroffen: Er erklärte das Schweizerische Lebensmittelbuch zur amtlichen Sammlung der bei Kontrollanalysen anzuwendenden Verfahren. Allgemeinverbindliche Wirkung dieser Regeln war also beabsichtigt und

¹⁷⁵ Hinten § 11 II A 1.

¹⁷⁶ Vorn § 6 II D, § 8 II C.

¹⁷⁷ Hier einzureihen sind von der Wirkung her auch die konkretisierenden SEV-"Vorschriften" (Beispiel E).

wurde auch während Jahren angenommen, bis das Bundesamt für Justiz die mangelnde gesetzliche Grundlage für die Rechtsetzungsdelegation an die private Organisation rügte und empfahl, solche Regeln nur im Sinne (nicht rechtsverbindlicher) Richtlinien zu behandeln.¹⁷⁸

Zu klären bleibt noch die Rechtsnatur der SUIA- und MHV-Tarife (Beispiel C und F). Ihre behördliche Genehmigung erfolgt durch "privatrechtsgestaltende Verfügungen";¹⁷⁹ die Tarife selber sind also nicht öffentlich-rechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur. Aber als zwingendes, der Privatautonomie entzogenes Recht, als Recht, das den Wettbewerb im jeweiligen Markt ersetzt, sollen diese Tarife hier statt dem Bereich privater Rechtsgestaltung der (staatlichen) Rechtsetzungsfunktion zugerechnet werden: Die für alle Gesellschaften (und Versicherten) geltenden einheitlichen MHV-Tarife wirken ebenso wie die Tarife der einzigen musikalische Urheberrechte verwertenden Gesellschaft SUIA im Sinne von Verordnungen: Sie sind allgemein verbindlich und lassen keinen Raum für individuelle Vereinbarungen.¹⁸⁰ Unabhängig von ihrer Geltungsdauer (zeitliche "Streuung") sollten sie ihrer ausschliesslichen und programmierenden Funktion entsprechend als Rechtsetzung behandelt werden. Schliesslich wirken beispielsweise auch die von der Geschäftsleitung der Käseunion verabschiedeten, nicht offiziell publizierten Grundsätze der Käsevermarktung (Beispiel K) wie eine Verordnung.¹⁸¹

178 VPB 44.28.

179 Damit sind die "Gegenausnahmen" zur Unzulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 99 lit. b OG) begründet, vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 82; BGE 82 I 274, BGE 102 Ib 30.

180 Vgl. die Ausführungen zu MEYER-CORDING, vorn III D.

181 Ziff. 1.1 der Grundsätze der Käsevermarktung vom 1. Januar 1977: "Die nachfolgenden Bestimmungen gelten für die der ... Käseunion ... angeschlossenen Mitgliedfirmen, wie für die nachfolgenden Handelsstufen, soweit diese gesetzlich oder vertraglich gegenüber der Schweizerischen Käseunion (SK) verpflichtet sind." Vgl. auch Art. 7 und 8 des Geschäftsvertrags der Käsekonvention, vorn § 5 III B.

4. TEIL:

Grundlagen und Rahmen ausgelagerter Rechtsetzung

1. Kapitel:

Rechtsetzungsbefugnis und Verfassung

§ 9 *Gesetzesdelegation*I. *Die Legislative¹ als primärer Rechtsetzer*

Der Aufgabe, allgemeine Regeln aufzustellen, mit denen zum voraus und mit Zwangswirkung künftiges Geschehen festgelegt werden soll, kommt in den demokratischen Verfassungen eine zentrale Stellung zu. Durch die "Rechtsetzung" – HANS HUBER² nennt sie die "vornehmste" Staatsaufgabe – sollen u.a. Rechtsgleichheit und Objektivität, Einheit und Verpflichtung aufs öffentliche Interesse garantiert und dadurch die Organisation im Staatsverband legitimiert werden; in ihr sollen Politik und Macht gebundene Form erlangen. In der schweizerischen BV ist deshalb die Wahrung dieser Werte – als Wahrnehmung der Gesetzgebungsfunktion – den "obersten" Staatsorganen, Parlament und Volk, übertragen: Die Gesetzgebung wird – neben andern – als Aufgabe der Bundesversammlung bezeichnet, über die sich abschliessend das Volk (eventuell stillschweigend) noch zu äussern hat.³

Daraus waren Jahrzehnte nach der Konzipierung der Verfassung in der Folge einer "unfruchtbaren Dogmatisierung"⁴ Schlüsse für die Rolle des Gesetzes und die Verteilung der Regelungslast gezogen worden: Die Legislative ist nach verbreiteter Ansicht der primäre Rechtsetzer in dem Sinn, dass andere Organe für ihre Erlasse im Prinzip einer "Ermächtigung" oder "Delegation" bedürfen. Als "'Ausnahme' vom Grundsatz der Alleinzuständigkeit des 'Gesetzgebers' auf dem Gebiet der Rechtsetzung"⁵ wird in dieser Tradition den Verordnungen mit politischer Skepsis und restriktiver juristischer Beurteilung begegnet: Nur rein vollziehende Regelungen soll die Exekutive im Anschluss an Gesetze ohne spezielle Kompetenzübertragung als Ausfluss ihrer eigenen Ausführungsgewalt erlassen dürfen. Während ein Teil der Lehre (hinten II A) durch ein Verbot der Delegation gesetzgeberischer Befugnisse

1 "Legislative" und "Gesetzgeber" stehen hier im Sinne von Art. 89 BV für das zusammengesetzte Organ Parlament/Volk (fakultatives Referendum).

2 H. HUBER, Verbandsrecht, 55.

3 Art. 85 und 89/89bis BV.

4 Die nach SALADIN, Kernenergie, 299, eine "fruchtbare Pragmatik" im 19. Jahrhundert ablöste; vgl. dazu eingehend LINDER, Legalität, II C.

5 So fasst G. MÜLLER, Rechtssetzung, 178, die Stellungnahmen zusammen.

an den Bundesrat eine klare und enge Beschränkung der Verordnungstätigkeit der Exekutive postulierte, hat die Praxis (II B) seit jeher Ermächtigungen – recht grosszügig – zugelassen und damit die Entwicklung zum heutigen “Verwaltungsstaat” begünstigt. Die formalistisch-strenge Argumentation der “Zürcher Schule” (GIACOMETTI) hat also zwar nicht verhindern können, dass die Verordnungsgebung heute eine anerkanntermassen wichtige Funktion im Staat einnimmt; sie hat dafür aber der wissenschaftlichen Auseinandersetzung um die Verteilung der Regelungsaufgaben einen stark defensiven Stempel aufgedrückt und dabei das Bild vom Gesetzgeber als primärem Rechtsetzer in ihrem – quasi monopolistischen – Sinn geprägt.⁶

Mit der Vorstellung von der grundsätzlichen Alleinzuständigkeit des Gesetzgebers zur Rechtsetzung fällt es schwer, andere Normierer gebührend zur Kenntnis zu nehmen⁷ und ihrer Rolle gerecht zu werden. Dies scheint für rechtsetzende Instanzen, die ausserhalb der staatlichen Strukturen stehen, in besonderem Masse zu gelten.⁸ Wenn man die Vorrangstellung des Gesetzgebers nicht – überschüssend – mit einem Rechtsetzungs*monopol*, sondern “nur” mit einem Rechtsetzungs*primat* gleichsetzt, wird der Blick frei für die spezifischen Möglichkeiten und Grenzen der verschiedenen an der Normsetzung Beteiligten.⁹ Braucht der (staatliche) Gesetzgeber nicht mehr alleiniger Urheber von Rechtsetzung zu sein, dürfen neben dem Parlament und Volk im Prinzip und mit eigenständigen Aufgaben weitere Normierer vorkommen, so hat es Raum für die Frage, ob neben staatlichen Organen *auch Private* bei der Verteilung der Regelungslast miteinbezogen sein sollen und welche Formen, Verfahren und Schranken dabei zu beachten wären (hinten 2. und 3. Kapitel).

II. Theorie und Praxis zur “Gesetzesdelegation”¹⁰

A. Stellungnahmen der Lehre zur nichtparlamentarischen Rechtsetzung: Der Streit ums Prinzip und um die möglichen Rechtsetzungsorgane

Die Frage, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen neben der Legislative weitere Rechtsetzer zugelassen seien,¹¹ hat deshalb zu nicht endenwollenden Kontroversen in der Doktrin geführt, weil Rechtsetzungsaufgaben der Exekutive bzw.

6 Die Praxis entzieht sich den Kontroversen in der Doktrin, indem nach den RL-GT in Bundesgesetzen festgehalten wird, wo der Bundesrat noch Ausführungsvorschriften aufstellen wird – ob Ermächtigung oder Schrankenziehung (hinten II A) bleibt offen.

7 MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 2.

8 Vgl. die entsprechenden Hinweise zur Literatur über die ausgelagerte Rechtsetzung, vorn § 1.

9 Dies beschränkt sich durchaus nicht auf das Verhältnis von Gesetz- und Verordnungsgeber, sondern auch auf die z.T. komplementären Funktionen von “Rechtsprechung” und “Rechtsanwendung” gegenüber der Rechtsetzung. Dazu eingehend RHINOW, Rechtsetzung, passim.

10 Übersicht (auch über die wichtigsten deutschen Beiträge) bei G. MÜLLER, Rechtssetzung, 178 ff.; für die ältere Literatur vgl. MASNATA, Délégation, insbes. 112 ff.

11 Rechtsvergleichend: BRÜHWILER, Gesetzesdelegation.

die Möglichkeit einer Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen der Legislative in der BV nirgends ausdrücklich erwähnt werden. GIACOMETTI und ein Teil seiner Schüler haben daraus den Schluss gezogen, dass die "Gesetzesdelegation" eine unzulässige Abänderung der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung auf Gesetzesstufe darstelle, die zudem gegen die Grundprinzipien von Gewaltenteilung und Demokratie in der Rechtsetzung verstosse. Allein rein vollziehende Verordnungen¹² könnten sich auf die verfassungsmässige Exekutivgewalt des Bundesrates (Art. 102 Ziff. 5 BV) stützen.¹³ Diese lange, die Diskussion jedoch durchaus nicht unwidersprochen dominierende Ansicht ist durch die heute überwiegende Meinung zurückgedrängt, wonach die Gesetzesdelegation, solange sie sich innerhalb bestimmter Schranken bewegt, ihre Stütze in ungeschriebenem Verfassungsrecht oder Verfassungsgewohnheitsrecht findet.¹⁴ Das Schweigen der BV wird nämlich nicht als Verbot der Gesetzesdelegation, sondern – näherliegend – als ausfüllbare und auszufüllende Lücke angesehen. Regelungen, die die Erlasse der Legislative (nicht nur "vollziehend") konkretisieren, sind in sehr vielen Bereichen und Fällen notwendig.¹⁵ Indem solche Rechtsetzungsaufgaben im Bund (wie auch in den Kantonen) seit langem¹⁶ und mit Anerkennung durch Behörden und Bürger auf die Exekutive "übertragen" werden, ist das geschriebene Verfassungsrecht in diesem Sinne ergänzt. Das von GIACOMETTI angerufene Gewaltenteilungsprinzip steht der Gesetzesdelegation nicht entgegen, sofern es nicht als absolutes Prinzip bzw. als konkrete Aussage über die Art der Verteilung von staatlichen Funktionen verstanden wird; auf die demokratisch motivierten Bedenken antwortet die Praxis mit den Regeln über die Voraussetzungen und Schranken der Delegation. Das Gesetz schreibt diese Sichtweise allgemein fest, indem es in Art. 7 Abs. 4 VwOG formuliert: "(Der Bundesrat) erlässt Verordnungen, soweit er dazu durch die Verfassung oder die Gesetzgebung ermächtigt wird." So gilt die nichtparlamentarische Rechtsetzung innerhalb der vom Bundesgericht gezogenen Grenzen durchaus als verfassungskonform.

Für GEORG MÜLLER liegt die Ursache der Auseinandersetzungen um die Gesetzesdelegation in einer "schon im Ansatz verfehlten Betrachtungsweise des Verhältnisses von Gesetzgeber und ordnungsberechtigter Behörde".¹⁷ Er hält die

12 Zu diesem Begriff VPB 41.90, S. 22, und ausführlich JAGMETTI, Vollziehungsverordnungen. Anderer Auffassung vor allem MARTI, Verordnungsrecht, 67 ff., und die bei G. MÜLLER, Rechtssetzung, 174, Anm. 208, zitierten Autoren.

13 AUBERT, Traité, Nr. 1525; GIACOMETTI, Verordnungsrecht, 102 ff.; GIACOMETTI, Lehren, 151 f., 158 ff.; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 795, 800 f.; JAGMETTI, Vollziehungsverordnungen, 127 ff., 137 ff., 163 ff.; BLUM, Rechtssetzung AG, 206 ff. Weitere Nachweise bei G. MÜLLER, Rechtssetzung, 179. – Auf dieser Exekutivgewalt beruht nach h.L. auch das Recht zum Erlass von ("nichtrechtsetzenden") Verordnungen (vgl. VPB 44.127); kritisch zur Kategorie der Verordnungsverordnung vor allem MARTI, Verordnungsrecht, 71; G. MÜLLER, Rechtssetzung, 198 ff., und RHINOW, Rechtssetzung, 279 f. Vgl. auch MANFRINI, Ordonnances administratives.

14 Statt vieler: AUBERT, Traité, Nr. 1535; GRISEL, Droit administratif, 84 f.; VPB 41.90.

15 AUBERT, Exposé, Nr. 236: "Le Parlement ne saurait les (= règles) faire toutes".

16 ERNST BRACK, Die Gesetzesdelegation in der Praxis des Bundes. Zürcher Diss. 1953, 65 ff., weist sogar auf Fälle unter der 1848er-Verfassung hin.

17 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 187, 178.

Figur der "Gesetzesdelegation" überhaupt für überflüssig und vor allem für verfehlt: Die von der Verfassung vorgenommene Verteilung der Regelungslast verpflichtet den Gesetzgeber, die ihm zugewiesenen Befugnisse auch selber auszuüben; deren Delegation würde gegen die Verfassung verstossen.¹⁸ Anders als GIACOMETTI sieht MÜLLER jedoch den Umfang der jeweiligen Kompetenzbereiche: Die Exekutive hat nicht nur ein Vollziehungsverordnungsrecht, sondern erlässt gemäss der Verfassung grundsätzlich alle "weniger bedeutungsvollen" Regelungen, während der Gesetzgeber nur die "wichtigen" Regelungen trifft.¹⁹ Dabei fällt nach MÜLLER, *was der Gesetzgeber nicht selber regelt, letztlich als "weniger bedeutungsvoll"* in den Zuständigkeitsbereich der Exekutive.²⁰ Für solche Regelungen bedarf es keiner Delegation – und für "wichtige" Regelungen gibt es keine.²¹ Den Entscheid über die Tragweite einer Regelung treffe also der Gesetzgeber,²² und zwar nicht völlig frei, sondern "nach sorgfältiger Abwägung einer Vielzahl von Kriterien, Gesichtspunkten und Interessen" (topoi); oft signalisiere er ihn allerdings nur indirekt, etwa durch die Dichte oder Bestimmtheit der Normen, durch punktuelle Regelungen usw.²³ Eine "elegante" Lösung für ein vielumstrittenes Problem?

Indem allerdings MÜLLER mit der Feststellung, ob eine Frage durch die Legislative geregelt wird, gleich – in Form einer praesumptio iuris et de iure – das Urteil darüber verbindet, ob sie "wichtig" sei, verknüpft er nicht nur die Regelungszuständigkeit mit der Wichtigkeit:²⁴ Er geht zugleich davon aus, dass der Gesetzgeber alle wichtigen Fragen nicht nur *lösen soll*, sondern auch erkennt und tatsächlich *löst* – und dass insofern "nicht sein kann, was nicht sein darf". Wie LINDER, mit MÜLLER von der Bedeutung des Kriteriums der materiellen Wichtigkeit für die Verteilung der Regelungslast ausgehend, überzeugend begründet,²⁵ ist die Figur der Gesetzesdelegation aber aus logischen wie praktischen Gründen nicht überflüssig;²⁶ es braucht

18 IMBODEN, Gesetz, 31, erhoffte sich eine Abstufung der Rechtsetzungsformen ohne Delegationsnotwendigkeit über eine "sinnvolle Handhabung" des Vollziehungsverordnungsrechts.

19 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 187 ff.; ähnlich schon früher u.a. MARTI, Verordnungsrecht, 80 und 100 ff., sowie aus einem andern Blickwinkel, FLEINER, Delegation, 116 ff., 131 ff. Hinfällig werden in diesem Fall auch alle nie klar und eindeutig vorgenommenen Unterscheidungen der Verordnungsarten (vgl. G. MÜLLER, Rechtssetzung, 171 ff., 189, oder JAGMETTI, Vollziehungsverordnungen, passim).

20 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 187/188. MÜLLER liefert aber auch (110 ff.) wertvolle Kriterien für die Ermittlung der "Wichtigkeit" einer Regelung.

21 Art. 100 Abs. 1 VE verlangt gerade im Gegensatz zu dieser These für *jede* Verordnung des Bundesrates eine ausdrückliche, substantiierte Ermächtigung durch einen parlamentarischen Rechtserlass! Kritik bei G. MÜLLER, Rechtssetzung, 196.

22 Dieser Vorstellung widersprechend LINDER, Legalität, III. Vgl. zum Parlament als "Hüter der Verfassung" auch hinten § 12 II A. MÜLLER selber bleibt in seinen Ausführungen darüber, wer letztlich für die Beurteilung der "Wichtigkeit" die Verantwortung trage, widersprüchlich: Auf S. 110 weist er auf die vorentscheidende Klassifizierung der Regelungen durch die Exekutive hin (vgl. auch S. 121 ff. zur Einsetzung eines speziellen Beurteilungsorgans).

23 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 188, und für die topoi: 110 ff.

24 LINDER, Legalität, III, meint, G. MÜLLER habe irrtümlich RÖDIGS formalen Begriff der Wichtigkeit des Gesetzes zu einem materiellen gemacht.

25 LINDER, Legalität, III.

26 Inwieweit sie zulässig sein soll, ist eine andere Frage.

sie vielmehr – nicht nur als Denkhilfe – dort noch, wo Fragen nicht materiell unwichtig sind, aber “aufgrund beschränkter Regelungsfähigkeit des Gesetzgebers offen bleiben.”²⁷ Der postulierte vollständige Verzicht auf die Figur der Ermächtigung hätte zur Folge, dass von der Legislative nicht geregelte bzw. nicht regelbare “wichtige” Fragen, wo sie anschliessend doch noch auf Verordnungsstufe beantwortet würden, nach MÜLLER einfach in “weniger bedeutungsvolle” umgedeutet werden müssten.²⁸ Nicht jede Nichtregelung, nicht jedes Schweigen des Gesetzgebers kann jedoch dahin gedeutet werden, dass die nichtgeregelte Materie eben eine unwichtige sei; die parlamentarische Praxis belehrt uns eines andern.²⁹ Denkbar ist auch, dass der Gesetzgeber eine wichtige Frage nicht allein, sondern zusammen mit dem Verordnungsgeber regeln will.³⁰ Dafür scheint in MÜLLERS Konzept kein Raum zu bleiben. Seine Schlussfolgerung – der Vorschlag, den Begriff der Gesetzesdelegation fallenzulassen – geht also zu weit, während seiner Prämisse durchaus zugestimmt werden kann: Sinn der verfassungsmässigen Kompetenzordnung ist eine Verteilung der Regelungslast, die einer Mehrheit von Regelungsorganen ihre Aufgabe nach dem Grad der materiellen Wichtigkeit abgestuft zuweist.³¹ Dem Primat der Legislative entsprechend sollen die wichtigen Regelungen in den Händen von Parlament und Volk liegen, während mit abnehmender politischer Bedeutung jeweils weniger direkt legitimierte Organe zuständig sind.³² Wo die nach diesem Prinzip differenzierte Hierarchie durchbrochen wird, indem beispielsweise eine “wichtige” Materie zum Teil einem “sekundären” Rechtsetzer überlassen bleiben soll, ist die einzelgesetzliche Ermächtigung und damit die Figur der Delegation nach wie vor unentbehrlich. Wo aber ein untergeordneter Rechtsetzer stufengerecht normiert, wären nähere Bestimmungen des Gesetzgebers keine eigentliche Ermächtigung, sondern “lediglich konkretisierende Schrankenziehung verfassungsmässiger Rechtsetzungsbefugnis”.³³

27 LINDER, Legalität, III; beispielsweise bei hoher Komplexität in technischer, wirtschaftlicher oder sozialer Hinsicht bei gleichzeitig hohen Konkretisierungserfordernissen oder aber bei fehlendem politischem Konsens (dazu auch EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, 22 in der Anm.; FLEINER, Gesetz, 46; BGE 103 Ia 384. MARTI, Verordnungsrecht, 92, sieht gerade bei Konsensproblemen zur “Entpolitisierung” die Exekutive als zuständig).

28 G. MÜLLER, Rechtssetzung, 188 in Verbindung mit 187. Bei seinem Konzept würde im übrigen eine gerichtliche Überprüfung der Rechtsetzungszuständigkeiten illusorisch.

29 Welche “Haltungsarten, die den Grundsätzen des Tierschutzes klar widersprechen,” (Art. 4 Abs. 1 TschG) der Bundesrat in der Verordnung verbietet, ist beispielsweise sicherlich keine unwichtige Frage. Vgl. auch Anm. 27.

30 LINDER, Legalität, III: “Gesetz und delegiertes Verordnungsrecht beinhalten deshalb ein *besonderes Verhältnis* zwischen Gesetz- und Verordnungsgeber, in dem *beide* an der Regelung materiell wichtiger Fragen teilhaben.”

31 So schon MARTI, Verordnungsrecht, 78; vgl. auch EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, 21 f., und FLEINER, Delegation, mit der Hauptthese, der Gesetzgeber müsse die entscheidenden Werturteile zur Abgrenzung der verschiedenen gesellschaftlichen Interessen untereinander bzw. gegenüber dem Staat fällen.

32 Beispielsweise in der Abstufung Parlament (ohne Referendum)/Bundesrat/Departement/Amt. Vgl. dazu RHINOW, Parlamentsreform, 162 f.; LINDER, Legalität, III.

33 LINDER, Legalität, III. AUBERT, Traité, Nr. 1525; MARTI, Verordnungsrecht, 80 f.

Inwieweit diese im Hinblick auf das Verhältnis von Legislative und Exekutive in der Rechtsetzung³⁴ herausgearbeiteten Grundsätze auch Aufschlüsse für die Regelungskompetenzen Privater ergeben, wird unter III gefragt. Massstab für die im folgenden dargestellte Behandlung von Rechtsetzungsdelegationen in der Praxis ist der andere, als herrschende Lehre zu bezeichnende Ansatz, der von einem auf Vollziehungsbestimmungen³⁵ beschränkten, "kleinen" selbständigen Regelungsbereich der Exekutive ausgeht: Ob die Gesetzesdelegation zulässig sei, lässt sich dann auch mit der Frage umschreiben, ob und wann "gesetzesergänzende" oder "gesetzesvertretende" Verordnungen möglich seien.³⁶

B. Die Gerichts- und Verwaltungspraxis zur Gesetzesdelegation: Der Spielraum des Verordnungsgebers

1. Die Praxis zur Zulässigkeit der Gesetzesdelegation

Bekanntlich richtet sich die Gültigkeit von Rechtsetzungsdelegationen, die in Bundesgesetzen oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen enthalten sind, in der schweizerischen Praxis nicht nach deren Verfassungsmässigkeit, da das Bundesgericht hier wegen Art. 113 Abs. 3 BV keine Überprüfung vornimmt.³⁷ Dennoch finden sich in der bundesgerichtlichen Praxis zahlreiche Aussagen über die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation: Einmal äussert es sich zu dieser Frage in bezug auf konkrete Ermächtigungen in kantonalen Regelungen,³⁸ zum andern nimmt es zum Umfang des Delegationsrechts auch indirekt, gekoppelt mit der Formulierung von Legalitätserfordernissen, Stellung.³⁹

34 Dass die materielle Wichtigkeit auch im Bund vermehrt für die Zuordnung *nicht* "generell-abstrakter" Regelungen beachtet werden solle, ist das Anliegen u.a. von ALFRED KÖLZ, Ausbau des Gesetzesreferendums? SJZ 1981, 53 ff.; LINDER, Planung, 378 ff.; G. MÜLLER, Rechtssetzung, 100 f., und RHINOW, Parlamentsreform, 161. Bezüglich der kantonalen Finanz- und Verwaltungsreferenda (obligatorisches oder fakultatives Referendum je nach Bedeutung der Angelegenheit!) vgl. GIACOMETTI, Kantone, 525 ff., und ANDREAS AUER, Les droits politiques dans les cantons suisses, Genève, 1978, 159 ff.

35 Dazu BGE 98 Ia 281 ff.

36 Zum Unterschied zwischen vollziehenden bzw. ausführenden und gesetzestretenden Verordnungen vgl. GYGI, Rechtsprechung 1978, 172 f., oder Rechtsprechung 1977, 191 f.

37 BGE 101 Ib 70 ff. E. 3; VPB 38.83. (Der Einfachheit halber wird der analoge Art. 114bis Abs. 3 BV jeweils nicht zusätzlich erwähnt.) Zur Fragwürdigkeit der Selbstbeschränkung des Bundesgerichts vgl. AUER, Art. 113 al. 3 Cst.

38 Vgl. etwa BGE 98 Ia 105 ff.

39 BGE 103 IV 192 ff. VPB 42.71. LINDER, Legalität, I E 2. BGE 103 Ia 376 formuliert: "... die neuere Rechtsprechung (hat) anerkannt, dass wo der Gesetzesvorbehalt ... gilt ... und es um die Einschränkung von verfassungsmässig gewährleisteten Freiheitsrechten geht, für die Gesetzesdelegation ähnliche Regeln – mutatis mutandis – zur Anwendung kommen müssen

Die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation⁴⁰ wird vom Bundesgericht prinzipiell bejaht.⁴¹ Voraussetzungen sind nach konstanter Praxis, dass sie keiner ausdrücklichen Verfassungsbestimmung widerspricht, dass sie in der für die Rechtsetzung verfassungsmässig vorgeschriebenen Form angeordnet wird und dass ihr Umfang (Näheres unter 2.) beschränkt ist.

Überträgt man diese in bezug auf die Kantone formulierten Grundsätze⁴² auf den Bund, so ergibt sich, dass der Delegation von Rechtsetzungskompetenzen von der Bundesverfassung her kein prinzipieller Einwand entgegensteht; ein Verbot kennt die BV nicht. Es bleiben sodann im Einzelfall die weiteren Voraussetzungen zu erfüllen: Betrifft die der Exekutive überlassene Regelung nicht nur Vollziehungsbestimmungen,⁴³ handelt es sich also um eine Gesetzesmaterie, so muss die Delegation in einem referendumpflichtigen Erlass enthalten und in ihrem Umfang beschränkt sein. Die Praxis der Bundesbehörden anerkennt diese bundesgerichtlichen Maximen als Massstab und betont, dass die Gesetzesdelegation zwar auf ungeschriebenem Verfassungsrecht beruhe, “aber nicht auf solchem (unmittelbar) zugunsten des Bundesrates, sondern des Parlaments”.⁴⁴ Die Vorrangstellung des Parlaments wird damit im Sinne eines Rechtsetzungs*primats* bestätigt. Dem gibt neuerdings auch das Gesetz Ausdruck.⁴⁵

2. Die Praxis des Bundesgerichts zum zulässigen Umfang der Gesetzesdelegation⁴⁶

Lange stellte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, es genüge, wenn sich die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf eine “bestimmte Materie” beschränke.⁴⁷ In der Lehre verlangten indessen viele Stimmen, dass der “substantielle Gehalt” einer Regelung bzw. die “grundsätzlichen und primären Rechtssätze” in einem Referendumserlass stehen müssten.⁴⁸ Dem trugen vorerst nur kantonale Gerichte Rechnung.⁴⁹ Das Bundesgericht nähert sich einem neuen Verständnis des Verhältnisses von Gesetz(geber) und Verordnung(sgeber) in verschiedenen Schritten:⁵⁰ Es

40 BGE 88 I 33 definiert die Gesetzesdelegation als das “Recht des Gesetzgebers, die Befugnisse zur Rechtsetzung an ein anderes Staatsorgan weiterzugeben und dieses zu ermächtigen, durch Rechtsverordnungen anstelle des Gesetzgebers Recht zu schaffen.” Vgl. auch VPB 38. 83.

41 BGE 103 Ia 369 ff. fasst in E. 3a. die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zusammen; vgl. auch IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 63.

42 Nach BGE 101 Ib 70 ff. haben diese Grundsätze Verfassungsrang.

43 Dazu VPB 41.90, S. 22 f.

44 VPB 41.90, S. 25 ff. und 28; VPB 42.71.

45 Vgl. Art. 7 Abs. 4 VwOG (vorn II A.).

46 Für die Praxis zur Gesetzesdelegation bis anfangs Siebzigerjahre vgl. AUBERT, Hiérarchie.

47 Nachweise bei IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 63, S. 379, 380.

48 Vgl. IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 63, S. 379.

49 Vgl. den Leitfall I (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich) in IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 63.

50 Nachgezeichnet bei LINDER, Legalität, I. Kap., kurz im Überblick I A. – Art. 7 Abs. 4

fordert seit längerem bei *Eingriffen* in die Grundrechte, in “Freiheit und Eigentum des Bürgers”, dass die Delegationsnorm “Inhalt, Zweck und Ausmass” der übertragenen Rechtsetzungsbefugnis festhalte.⁵¹ Bei schweren⁵² Eingriffen sollten zudem die wesentlichen Punkte durch klare Richtlinien bestimmt sein. Besonders strenge, wenn auch differenzierte Legalitätserfordernisse formuliert das Gericht seit jeher für das Abgaberecht.⁵³

Seit kurzem⁵⁴ schliesslich weitete es die Anforderungen an die Rechtsgrundlagen staatlichen Handelns zusätzlich und entscheidend aus, indem es zum einen davon abrückte, dass eine substantiierte gesetzliche Vorzeichnung nur bei “Eingriffen” notwendig sei: Auch für die Leistungsverwaltung, auch für gewährleistend-förderndes Regulieren wird tendenziell bei besonders wichtigen Fragen eine ausdrückliche Regelung durch den Gesetzgeber verlangt. Die Praxis des Bundesgerichts ist im Konkreten zwar noch suchend und ungefestigt,⁵⁵ doch umschreibt sie heute den zulässigen Umfang der Delegation mit der allgemeinen Regel, dass “das Gesetz die Grundzüge der Regelung selbst (enthalten muss), soweit sie die Rechtsstellung der Bürger *schwerwiegend* berührt”; “Art und Zweck der Massnahme müssen ... in jedem Falle im Gesetz selber genannt sein”; vom Gesetzgeber zu bestimmen sind die zuständigen Behörden.⁵⁶ Verlangt ist auch für Verfahrens- und Organisationsfragen die gesetzgeberische Vorzeichnung.⁵⁷ Mit der starken Tendenz zur Ausdehnung des Geltungsberichts des Legalitätsprinzips kommt das Bundesgericht zu einer Präzisierung seiner Praxis zur Gesetzesdelegation: Materien, welche die Rechtsstellung des Bürgers schwerwiegend berühren oder sonst wichtig sind, bedürfen prinzipiell der “primären Regelung durch einen Erlass des demokratischen Gesetzgebers”;⁵⁸ deren Delegation hat verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen zu genügen, die sich konkret nur unter Berücksichtigung der speziellen Materie formulieren lassen, wobei durchaus auch praktische Bedürfnisse (Anpassungsmöglichkeit an veränderte Verhältnisse usw.) mitspielen können. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht also grundsätzlich

VwOG gibt keine allgemeinen inhaltlichen Anweisungen oder Richtlinien für die Gesetzesdelegation, sondern verweist auf “die Verfassung oder die Gesetzgebung”.

51 IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 63, S. 380. Die Formel “Inhalt, Zweck und Ausmass” ist eine Anleihe aus Art. 80 des Bonner Grundgesetzes, allerdings in einer selbständigen Ausfüllung durch das Bundesgericht. Zur Bedeutung und Problematik der Verfassungsbestimmung vgl. den kritischen Überblick bei G. MÜLLER, Rechtssetzung, 180 ff.

52 LINDER, Legalität, I D 7b. (I D 7a zur Koppelung von Eingriffsschwere und Kognition).

53 IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 113.

54 BGE 98 Ia 109 E. 2, 102 Ia 64 E. 2, 103 Ia 369 ff.

55 LINDER, Legalität, I D, inbes. I D 7; BGE 104 Ia 196 ff. In BGE 105 IV 264 ff., das SZR (Beispiel E) betreffend, wird beispielsweise nur eine Beschränkung der Delegation auf eine “bestimmte Materie” (267) verlangt. Darauf wird zurückzukommen sein (hinten § 12 II B). Auf die Fragwürdigkeit des Eingriffsbegriffs wies schon IMBODEN, Gesetz, 70, hin.

56 BGE 104 Ia 310 ff. E. 2c. mit Hinweisen auf BGE 103 Ia 369 ff. und 394 ff. Im konkreten Fall der Einführung eines Numerus clausus für das Lehrerseminar wären auch Verfahren und Kriterien für die Auswahl der Kandidaten in die Delegationsnorm aufzunehmen gewesen. Weitere Hinweise in BGE 104 Ia 196 ff. und 104 Ia 445 ff.

57 BGE 104 Ia 226 ff. und 104 Ia 440 ff. LINDER, Legalität, I F.

58 LINDER, Legalität, I E 2.

davon aus, dass die Bedeutung einer Materie für die Verteilung der Regelungslast eine Rolle spielt.⁵⁹ Die Delegation wichtiger Materien zur Rechtsetzung ist zwar möglich, aber im Umfang beschränkt.⁶⁰

C. Rechtsetzung durch untergeordnete Verwaltungsinstanzen und Subdelegation

Bei der Diskussion um die durch die Verfassung nicht geregelte Gesetzesdelegation steht im Vordergrund, ob und inwieweit der Gesetzgeber seine Rechtsetzungsbefugnisse an den Bundesrat abgeben kann. Die Frage, wann *untergeordnete* Verwaltungsinstanzen zur Normierung befugt sind, ist seit längerem – teilweise – gesetzlich geregelt. Art. 7 Abs. 5 VwOG hält nämlich fest, dass Gruppen oder Ämter nur legisfrieren dürfen, wenn ein Referendumserlass sie dazu *ausdrücklich* ermächtigt.⁶¹ Daraus wird die doppelte Regel abgeleitet, dass einerseits der Bundesrat seine Rechtsetzungsaufgaben im Prinzip von sich aus nur an die ihm direkt unterstellten und von einem der Magistraten selber geleiteten Departemente übertragen kann⁶² und andererseits die Rechtsetzungszuständigkeit anderer Verwaltungsstellen⁶³ einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf. Die Regelungsmaterie spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Die heute im VwOG enthaltene Schranke für die Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen innerhalb der Verwaltung war ursprünglich vom Rechtskraftgesetz⁶⁴ aufgestellt und wurde bei ihrer Einführung nach dem Vollmachtenregime des Zweiten Weltkriegs mit einer Übergangsregelung verbunden.⁶⁵ Danach gingen jene subdelegierten Rechtsetzungskompetenzen, für die der Bundesrat keine neue, an das RKG angepasste Grundlage schuf, zwei Jahre nach dessen Inkrafttreten auf das entsprechende Departement über.⁶⁶ Es bleibt also festzuhalten, dass aufgrund gesetzlicher Vorschriften Regelungen von Instanzen, die hierarchiemässig unter Bundes-

59 Vgl. BGE 103 Ia 369 ff. E. 6 für mögliche Kriterien.

60 Anders: G. MÜLLER, Rechtssetzung, vgl. vorn II A.

61 Erinnern wir uns daran, dass Art. 7 Abs. 4 VwOG die Verordnungstätigkeit des Bundesrates selber zulässt, "soweit ... durch die Verfassung oder die Gesetzgebung ermächtigt" (d.h. auch ohne ausdrückliche Bestimmung).

62 Jedenfalls wenn es sich um "prescriptions de nature principalement technique et qui ne mettent en jeu aucun principe juridique" (BGE 92 I 45 f.) handelt: BGE 101 Ib 70 ff., VPB 35.12, 37.2, 38.83.

AUBERT, Traité, Nr. 1588; GRISEL, Droit administratif, 81; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 63 B. VIII. KNAPP, Précis, Nr. 208.

63 Art. 7 Abs. 5 VwOG gilt im übrigen auch für den Fall, dass der Bundesrat ihm direkt durch die Verfassung zugewiesene Rechtsetzungskompetenzen delegiert, also nicht von einer Subdelegation gesprochen werden kann, VPB 38.83.

64 Art. 7 Abs. 1 RKG (AS 1949 II 1523), aufgehoben durch das VwOG, erlaubte sie, "wenn ein Bundesgesetz oder ein Bundesbeschluss das vorsieht".

65 Art. 7 Abs. 2 RKG.

66 Vgl. Art. 20 Abs. 1 der bundesrätlichen Übergangsregelung (AS 1951 968).

rat und Departementen stehen, nur genügend abgestützt sind, wenn sie vom Gesetzgeber vorgesehen bzw. von den speziellen Übergangsbestimmungen⁶⁷ erfasst werden. Über den Umfang der Delegation finden sich keine Angaben im Gesetz; es ist jedoch davon auszugehen, dass das Bundesgericht gegenüber Subdelegationen mindestens den gleich strengen Massstab anlegen würde wie gegenüber der Delegation vom Gesetzgeber an den Bundesrat.⁶⁸

III. Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an Private

A. Ausgangspunkt

Die bisherigen Ausführungen über die nichtparlamentarische Rechtsetzung können als Ausgangspunkt für die Behandlung der Delegation solcher Aufgaben an Private folgendermassen zusammengefasst werden:

- Die Funktion des Gesetzgebers als primärer Rechtsetzer verlangt – so die Staatslehre – keineswegs zwingend, dass alle Normierungstätigkeit bei der Legislative konzentriert ist: Mit dem Primat des Gesetzgebers lässt sich durchaus vereinbaren, wenn nicht gar fordern, dass verschiedene Organe an der Rechtsetzung beteiligt werden; demokratischen Prinzipien entspricht es hingegen, dass die Regelungsaufgaben nach dem Grad ihrer Wichtigkeit auf diese Organe verteilt werden, wobei die bedeutungsvolleren Fragen vom Gesetzgeber zu beantworten sind und weniger wichtige in den eigenen Wirkungsbereich der Exekutive fallen.
- Im gesetzten Recht finden sich zur Verteilung der Regelungsaufgaben keine allgemeinen oder konkreten Hinweise. Nach dem VwOG bedarf die Verordnungsgebung des Bundesrates zwar einer (unter Umständen nur impliziten) Grundlage in Verfassung oder Gesetzgebung; aber Kriterien für die Zuweisung der Regelungsmaterien ergeben sich daraus ebenso wenig wie aus der Bestimmung, dass die Zuständigkeit untergeordneter Dienststellen zur Rechtsetzung vom Gesetzgeber ausdrücklich geregelt werden muss.
- Das Bundesgericht ging ursprünglich davon aus, dass der Gesetzgeber seine Rechtsetzungskompetenzen delegieren könne, sofern er sie auf eine “bestimmte Materie” beschränke, verlangte jedoch später, dass mindestens “Inhalt, Zweck und Ausmass” einer Regelung, die in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingreift, in der Delegationsnorm festzuhalten seien. Über eine verfeinerte und strengere Praxis zum verfassungsrechtlichen Gesetzmässigkeitsprinzip kommt es in jüngeren Urteilen dazu, Entscheidungen des Gesetzgebers selbst überall dort – auch in der

67 AS 1951 968 erwähnt keinen der in dieser Arbeit behandelten Fälle.

68 So VPB 38.83 am Schluss. BGE 92 I 46 f.: Subdelegation “vorwiegend technischer” Bestimmungen. So auch ZR 1980 Nr. 101.

Leistungsverwaltung – zu erwarten, wo die “Rechtsstellung des Bürgers schwerwiegend berührt” ist oder wo wichtige organisatorische bzw. verfahrensmässige Fragen zur Regelung anstehen. Mit der Formulierung verschiedener Kriterien gibt das Gericht Hinweise für die Verteilung der Regelungsaufgaben auf Legislative und Exekutive.

Die Tendenz in Lehre und Praxis scheint dahin zu gehen, Inhalt und Formen der Rechtsetzung verstärkt in einen Sinn- und Organisationszusammenhang mit der demokratischen Kompetenzordnung⁶⁹ zu stellen und das institutionell-demokratische Legalitätsprinzip zunehmend als *materialen* Grundsatz⁷⁰ zu verstehen. Damit erhält auch die Gesetzesdelegation einen andern Stellenwert: Sie ist nicht mehr Basis jeder mehr als nur Vollziehungsbestimmungen enthaltenden Verordnung, sondern dort erforderlich, wo der Ordnungsgeber an der Regelung wichtiger Fragen beteiligt ist.⁷¹ Die Delegationsnorm wird deshalb nicht mehr – isoliert – nur daraufhin überprüft, ob sie eine Ermächtigung darstellt und Verordnungskompetenz schafft; voran gehen Überlegungen zur verfassungsgemässen Zuweisung der konkreten Regelungsaufgabe;⁷² wo der Gesetzesvorbehalt gilt, werden an die Delegationsnorm erhöhte Anforderungen in bezug auf die gesetzgeberische Vorzeichnung gestellt.⁷³

B. Private Kompetenzträger in der Diskussion um die Verteilung der Regelungslast

Die Auseinandersetzung um die Gesetzesdelegation und das Gesetzmässigkeitsprinzip finden auf einem zentralen Felde statt, wo sich die verfassungsmässigen Grundsätze der Gewaltenteilung, der demokratischen Staatsordnung sowie der Rechtsstaatlichkeit und praktische Erfordernisse wie das einwandfreie Funktionieren der staatlichen Institutionen oder die geregelte Abwicklung und Förderung des gesellschaftlich-wirtschaftlichen Lebens begegnen und um angemessenen Raum ringen.⁷⁴ Das Bundesgericht hat in seiner neueren Praxis betont, dass die verschiedenen widerstreitenden Interessen im Einzelfall differenziert abzuklären und abzuwägen sind; in der Form allgemeiner Richtlinien⁷⁵ hat es mindestens Grundregeln für solche Wertungen aufgestellt, die sich im Konkreten noch bewähren werden müssen. Mit Privaten als Trägern von Rechtsetzungskompetenzen ist ein zusätzlicher Faktor zu berücksichtigen, der möglicherweise eine Erweiterung der “Spielregeln” verlangt. Diese wurden nämlich im Hinblick auf das Verhältnis von Legislative und Exekutive, von zwei von der Verfassung eingesetzten Staatsorganen, entwickelt.

69 Ausgedrückt im Titel der Monographie von G. MÜLLER: Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung.

70 LINDER, Legalität, I A 2 c. ee.

71 LINDER, Legalität, III.

72 Danach erübrigt sich in vielen Fällen eine spezielle Ermächtigung.

73 BGE 103 Ia 369 ff. E. 3b.

74 BGE 103 Ia 381.

75 BGE 103 Ia 369 ff. E. 6.

Zur Beurteilung der Regelungen, die von Privaten erlassen werden, soll auf diesem Hintergrund vorerst die Bedeutung der privaten Organisationen in der Staatswirklichkeit skizziert (§ 10) und anschliessend deren verfassungsrechtliche Stellung untersucht werden (§ 11). Ergänzend ist die Praxis der Bundesbehörden zu Regelungsbefugnissen darzustellen (§ 12). Endlich können im Sinne einer Bilanz die Voraussetzungen und Grenzen ausgelagerter Rechtsetzung formuliert werden (§ 13).

2. Kapitel:

Private und die Verfassungsmässige Verteilung
der Regelungslast

§ 10 Die privaten Organisationen im Staat

I. *Vom Wachsen des Einflusses privater Organisationen
bei der staatlichen Willensbildung und Aufgabenerfüllung*

A. Allgemeiner Überblick

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, die äusserst interessante Geschichte der privaten Organisationen in ihren Bezügen zum Staat und zu dessen Entscheidungsstrukturen und Aufgabenerfüllung auch nur skizzenhaft nachzuzeichnen. Es muss stattdessen vor allem auf die zahlreichen Arbeiten GRUNERS zum (Wirtschafts- und Berufs-) Verbands- und Parteienwesen,¹ auf MEYERS Darstellung der Verbände im politischen Kräftespiel der Schweiz,² auf NEIDHARTS Studie über den Einfluss organisierter Interessen auf die staatliche Willensbildung³ und den historischen Teil der jüngeren Untersuchung von ACKERMANN/STEINMANN über die Muster der Verflechtung von Staat und Gesellschaft in der Schweiz⁴ verwiesen werden. Als für uns wichtigste Ergebnisse dieser Studien lassen sich einige Punkte – quasi als Marksteine – herausgreifen.

Die Schaffung des Bundesstaates brachte nicht nur eine Stärkung und grössere Einheit für die Staatsgewalt im Gebiet der Eidgenossenschaft, sondern auch einen vereinheitlichten und umfangreicheren Wirtschaftsraum, wo für die aufstrebende Industrie neue Entfaltungsmöglichkeiten bestanden, während mit den Zünften das überkommene und einengende Verbandswesen weiter und schliesslich endgültig an Einfluss verlor.⁵ In dieser vom Liberalismus – als Idee und als politische Gruppierung – beherrschten Zeit des wirtschaftlichen und sozialen Umbruchs entstand, vor allem wo die wirtschaftlichen Lebensbedingungen prekär waren, nach einer individualistischen Phase allmählich ein Konkurrenzkampf unter Gruppen.⁶ Berufliche und wirtschaftliche Vereinigungen, jetzt auf freiwilligem Zusammenschluss beruhend und an die frühere genossenschaftliche Tradition anknüpfend, verlagerten ihre Tätigkeit von der individualistischen auf die kollektive Selbsthilfe. Als Folge der

1 Vor allem GRUNER, Wirtschaftsverbände. Schon früher lieferte einen Überblick GIGER, Mitwirkung, 18–38.

2 MEYER, Verbände und Demokratie, 12–32.

3 NEIDHART, Plebiszit.

4 ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I.

5 Dafür blühten mit der Garantie der Vereinsfreiheit und der Abschaffung der Zensur (deren Bedeutung betont GIGER, Mitwirkung, 27) ideelle Vereinigungen aller Art auf.

6 BOTSCHAFT WA I, 849.

Wirtschaftskrise der Siebzigerjahre des letzten Jahrhunderts bildeten sich die meisten der heutigen (Landes-) Spitzenverbände der Arbeitgeber, um sich dann intensiv für eine Schutzzollgesetzgebung zu engagieren; in dieser Zeit erhielten sie im wesentlichen ihre heutige Gestalt und – mit ständigen Sekretariaten – die organisatorischen Voraussetzungen für eine Mitwirkung bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben.⁷

Schon früh musste der Bund, dem nur ein minimaler Beamtenstab zur Verfügung stand,⁸ für Sozial-, Wirtschafts- und aussenhandelspolitische Fragen auf die Verbände zurückgreifen.⁹ Eine wichtige Rolle spielte in diesem Zusammenhang die – durchaus politisch brisante – Beschaffung statistischen Materials,¹⁰ für welche die Spitzenorganisationen zum Teil auch subventioniert wurden – für GRUNER “der Beginn derjenigen verwaltungsmässigen und staatsrechtlichen Entwicklung, die direkt zu der heutigen Vormachtstellung der Spitzenverbände und deren Anerkennung als ‘zuständigen Organisationen der Wirtschaft’ ... geführt hat.”¹¹ Auch bei der Vorbereitung der Gesetzgebung in diesen Bereichen erwiesen sich die Spitzenverbände bald als unentbehrlich.¹²

Für die staatliche “Interventionspolitik” lieferten die Verbände die erforderliche Sachkunde, aber durch eigene Massnahmen auch wichtige Vorarbeiten oder überhaupt erst den Anlass für einen Eingriff: Beispielsweise ging dem gesetzlichen Fabrikarbeiterschutz meistens ein privater voraus, und in einzelnen Industrien hatte die Gesetzgebung zum Patent- bzw. Muster- und Modellschutz Vorläufer auf privater Basis. Wo die organisierten Wirtschaftsgruppen ihre Ziele selber nicht durchsetzen konnten und zum Beispiel Wettbewerbsverzerrungen entstanden, riefen sie “in ihrem eigenen Interesse” den Staat um Hilfe. Vorläufer, wenn nicht Voraussetzung für die Staatsintervention war in manchem Bereich die “private Selbstintervention”,¹³ mit der die Verbände ordnend in die vom Obrigkeitsstaat offengelassene Regelungslücke

7 Dazu GRUNER, Wirtschaftsverbände, 14 ff. und 29 ff. Vgl. zudem GIGER, Mitwirkung, 27 ff. bezüglich der Vorgänger der heutigen Spitzenverbände.

8 Zurückhaltung in der Aufstockung des Beamtenstabs ergab sich noch wegen der “überlieferten Sparsamkeitsgrundsätze des alten Obrigkeitsstaates” (GRUNER, Wirtschaftsverbände, 108). Zur Kleinheit der Verhältnisse auch WERDER, Problemaufriss Parastaat, 10 und LINDER, Legalität, II C 3c.

9 GRUNER, Wirtschaftsverbände, 107 ff. Zur heutigen Rolle der Verbände in der Aussenwirtschaftspolitik vgl. die Fallstudie von HANS VOGEL in ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2, 3.

10 GRUNER, Wirtschaftsverbände, 108 f., und zu den Rivalitäten unter den Verbänden und zwischen diesen und dem staatlichen statistischen Amt: 110 ff.

11 GRUNER, Wirtschaftsverbände, 109. Zur de-facto-Anerkennung der Verbände durch den Staat BOTSCHAFT WA I, 850.

12 GRUNER, Wirtschaftsverbände, 109, nennt als Beispiele für die “Wirksamkeit dieser soziologischen Legislativkräfte” u.a. die Vorbereitung des Zolltarifs von 1899–1902, der “fast ausschliesslich in den Händen der drei Spitzenverbände aus Landwirtschaft, Gewerbe und Industrie” lag, dann die Revision des Fabrikgesetzes (1904–1914) sowie, 102, die Übernahme der vom Schweizerischen Gewerbeverband entworfenen Lehrbriefe und Lehrverträge durch das erste kantonale Lehrlingsgesetz (Neuenburg, 1890).

13 GRUNER, Wirtschaftsverbände, 100 und 101 ff. mit weiteren Beispielen (Arbeitszeit, Preise, Berufsbildung, Qualitätsschutz usw.).

stiessen und damit "gerade diejenigen Aufgaben von öffentlicher Bedeutung, welche die liberale Doktrin dem freien Spiel der Kräfte zur Erledigung hatte überlassen wollen", übernahmen.¹⁴ Im Laufe der Jahrzehnte und vor allem seit der Zeit der Zwangssyndikate während des Ersten Weltkriegs stellt sich das Verhältnis von Staat und Verbänden als Verzahnung, als zusehends unübersichtlichere Verflechtung dar. Dabei ist der planende und lenkende Staat auf die Verbände ebenso angewiesen, wie umgekehrt die – entlastend – als Stellvertreter des Staates amtierenden Verbände auf die Hilfe des Staates. Der Ursprung dieser Ambivalenz im Verhältnis von Staat und Verbänden ist also dort zu suchen, wo sich "in der liberalen Ära der Aufgabenkreis des Staates und derjenige der Verbände zu überschneiden beginnen."¹⁵

B. Einzelne Fälle

An der von ACKERMANN/STEINMANN nachgezeichneten Geschichte der modernen Berufsbildung (Beispiel D)¹⁶ lässt sich die eben allgemein geschilderte Entwicklung zur gegenseitigen Abhängigkeit von Staat und Verbänden – wiederum nur in Kürze – exemplifizieren: Nachdem die Zünfte als Regulatoren der beruflichen und wirtschaftlichen Beziehungen weggefallen waren, bildete sich schon 1879 der Schweizerische Gewerbeverband, der eine seiner Hauptaufgaben im Interesse des eigenen Standes darin sah, die Lehrverhältnisse zu ordnen. Die ökonomischen Besonderheiten von Investitionen in die betriebliche Ausbildung¹⁷ führten allerdings dazu, dass sich zu wenige Betriebe¹⁸ an dieser wichtigen Aufgabe beteiligten. Um eine Generalisierung, eine breitere Verteilung der Ausbildungsleistungen zu erreichen, rief der Gewerbeverband¹⁹ den Staat – zuerst die Kantone – zu Hilfe, der zwar seine

14 GRUNER, Wirtschaftsverbände, 106. Vgl. auch BOTSCHAFT WA I, 849.

15 GRUNER, Wirtschaftsverbände, 106. Vgl. hinten III.

16 ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 2, 3.1.4.

17 Man spricht von einer "strukturellen Unterinvestition in humankapitalintensive Arbeitsplätze", weil dem Arbeitgeber sehr bewusst ist, dass die Nutzung seiner Ausbildungsanstrengungen durch die Abwanderung des Arbeitnehmers in einen andern Betrieb vereitelt werden kann, und vom "Problem der positiven Externalitäten" bei Erfolgen oder Leistungen grosser Gruppen, die auch den Nichtmitgliedern oder Passiven, den "Trittbrettfahrern", zugute kommen. (Ausführlicher dazu ACKERMANN/STEINMANN Verflechtung, Teil I: Kap. 2, 3.1.4.1 und Kap. 3, 1.1.4).

18 In erster Linie des Gewerbes: In der (Maschinen-) Industrie schien die Überschaubarkeit der Verhältnisse (so ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 2, 3.1.4.1) zu einem gleichmässigeren Engagement in Ausbildungsfragen bewogen zu haben. Vgl. dazu das Zitat bei ACKERMANN/STEINMANN, Teil I: Kap. 2, 3.1.4, über die Erfahrungen in der Maschinenindustrie, dass die handwerkliche Ausbildung der Arbeiter sich "weniger als ungenügend als unzweckmässig" erwiesen hat und deshalb die Arbeitgeber veranlasst wurden, "die Ausbildung der Lehrlinge selbst an die Hand zu nehmen. Sie gingen dabei anfänglich nur zögernd vor, da jede Fabrik befürchtete, die Wettbewerber möchten ihr die mit viel Mühe und grossen Kosten herangebildeten Arbeitskräfte nachher wegschnappen. Immerhin wurde die Lehrlingsausbildung durch die Fabriken immer notwendiger und allgemeiner" (WEGMANN, 1920).

19 Gegen ein Bundesgesetz über die Berufsbildung wandte sich die Industrie, da sie keine staat-

Zwangsgewalt der Durchsetzung dieser – zu öffentlichen erklärten – Ziele leihen konnte, aber für die Formulierung der Ausbildungsinhalte weitestgehend auf die Mitwirkung der Verbände angewiesen war.²⁰ Die sozialwissenschaftliche Durchleuchtung der Entscheidungsfindung in der Berufsbildungspolitik²¹ zeigt, dass sich dieser Bereich seit der ersten gesetzlichen Regelung durch ein “grosses Mass an Verflechtung zwischen Staat und Gesellschaft/Wirtschaft” auszeichnet, in dem die “staatlichen Massnahmen ... durch Anreize und teilweise mit Zwang den *formalen Rahmen* ab(gaben), welcher durch die verbandliche Prägung der Ausbildungsinhalte aufgefüllt werden sollte.”²²

Dieselbe Aussage trifft – mutatis mutandis – etwa auf die Situation bei der Regelung der Sicherheit im (elektro)technischen Bereich (Beispiel E und H) zu: Die interessierten Verbände legen seit langem in ihrem Normenwerk u.a. Sicherheitsanforderungen fest, denen Materialien, Geräte, Einrichtungen usw. genügen sollen. Sie vermögen aber von sich aus nicht, für die generelle Einhaltung dieser Normen zu sorgen. So wurden zwar in der Diskussion zum Elektrizitätsgesetz um die Jahrhundertwende die Verdienste des noch jungen SEV um die Sicherheit der elektrischen Anlagen allseits anerkannt; dagegen schienen die nur für Mitglieder obligatorischen Kontrollen keine genügende Gewähr zu bieten.²³ Mit dem STEG aus dem Jahr 1976 liegt eine auf solche Situationen abgestimmte Rollenverteilung vor: Die Fachorganisationen²⁴ leisten die inhaltliche – und das heisst: regelnde – Arbeit, während der Staat dafür mit der Genehmigung den formalen Rahmen – die allgemeine Verbindlichkeit – beisteuert. Der Verwaltung ist in diesem Gesetz vorbehalten, subsidiär und nach Anhörung aller Interessierten mit eigenen Verordnungen an die Stelle der Fachorganisationen zu treten, wo diese ihrer Aufgabe nicht genügen. Die Möglichkeit einer solchen “Ersatzvornahme” ist dagegen bezüglich des SZR nicht vorgesehen: Der SEV ist allein zuständig für die Formulierung der Sicherheitsbestimmungen.²⁵

Auch für die Durchführung der Landwirtschaftspolitik konnte der Bund grossenteils auf bestehende Organisationen²⁶ der Regelungsadressaten zurückgreifen. Selbstorganisation und Selbsthilfe spielen in diesem Bereich traditionell eine grosse Rolle,²⁷ genügten jedoch seit den Kriegs- und Krisenjahren nicht zur Bewältigung der

liche Hilfe bei der Ausbildung brauchte und Einmischung fürchtete, ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 2, 3.1.4.2.

20 So auch die Botschaft zum ersten Berufsbildungsgesetz, BBl. 1928 II 740 und 751.

21 Ausführlich ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung.

22 ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 2, 3.1.4.3. Verallgemeinerung dieses Befunds: Teil I, Kap. 3. Vgl. auch GIGER, Mitwirkung, 88.

23 Vgl. BOTSCHAFT EIG, 787; Amtl.Bull. NR 1900, 614, und Amtl.Bull. SR 1901, 259.

24 Mindestens für die nicht der SUVA unterstehenden Bereiche.

25 Selbstverständlich stünde es dem Bundesrat frei, auf dem selben Weg, wie er den SEV eingesetzt hat, in einer Verordnung, diesen Auftrag zurückzunehmen.

26 Eine Ausnahme stellen Gebilde wie die Käseunion nur insofern dar, als sie aus mehreren bestehenden Verbänden (Interessen) zusammengesetzt werden mussten. Ähnlich: BUTYRA.

27 Zur Geschichte: BOTSCHAFT LwG, 163 ff.; JÖRIN, Parastaatliche Organisationen. Heute wird die Selbsthilfe von der Verfassung (Art. 31bis Abs. 4 BV) als Voraussetzung staatlicher Intervention genannt.

notwendigen Regulierungen. Staatliche Interventionen wurden (beispielsweise zur Lösung von Aussenseiterproblemen) erforderlich und die "zuständigen Organisationen" für die Durchführung in Pflicht genommen, aber auch mit Zwangsmitteln ausgestattet.²⁸

II. *Zu den Bereichen mit ausgelagerten Rechtsetzungskompetenzen*

Schon die Übersicht im ersten Kapitel zeigte augenfällig, dass ausgelagerte Rechtsetzungsbefugnisse auf wenige Bereiche konzentriert sind. Zuerst einmal kann festgestellt werden, dass in verschiedenen Teilen der Systematischen Sammlung Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung überhaupt fehlen, so in jenem zu "Staat – Volk – Behörden" (Band 1 der SR), zu "Strafrecht – Strafrechtspflege – Strafvollzug" (Band 3), zu "Landesverteidigung" (5) und zu "Finanzen" (6). Auch in andern Bänden finden sich grosse Kapitel, die allein durch den Staat geregelt werden. Zu denken ist beispielsweise an das zivilrechtliche Verfahrens- und Vollstreckungsrecht (SR 27. und 28.) oder die Raumplanung und Enteignung (SR 70. und 71.).²⁹ Diese Tatsache dürfte nicht erstaunen, da diese Gebiete zum Kern der hoheitlichen Kompetenzen gehören.

Im weiten Bereich der Sozial- und Wirtschaftspolitik, der Leistungs- und Interventionspolitik dagegen gibt es viele Fälle parastaatlicher oder kooperativer Aufgabenerfüllung.³⁰ Die hier interessierenden privaten Rechtsetzungskompetenzen bilden allerdings auch innerhalb dieser Gruppe eine Minderheit. Sie sind zum einen anzutreffen im Umkreis zweier zentraler, im Prinzip vom Privatrecht geordneter Lebensbereiche, von Arbeit und Miete:³¹ bei den allgemeinverbindlich erklärten Gesamtverträgen (Beispiel B), verschiedenen Reglementen zur Berufsbildung (Beispiel D) und der Verwertung von Urheberrechten (Beispiel C). Zum andern kommen sie bei der Regelung speziell "technischer" Probleme vor: bei Sicherheitsbestimmungen (Beispiele E und H), beim Lebensmittelbuch (Beispiel G) und der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung (Beispiel F).³²

28 Vgl. die Übersicht bei ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 2, 4.2.7 und 6.3.1.

29 Aber auch hier ist das Gewaltmonopol des Staates nicht absolut, wie die private Schiedsgerichtsbarkeit zeigt. Vgl. im übrigen WILDHABER, Vertrag und Gesetz.

30 Vgl. die aktuelle Übersicht in ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 2, 6, und zum Vergleich die dreissig Jahre früher erschienene Bestandsaufnahme von GIGER, Mitwirkung. Für die Bundesrepublik SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, 6 ff.

31 Vgl. bei ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 3, 2, das Stichwort "Klassenkonflikt". Zur Problematik der "Therapie AVE" für den Mietbereich vgl. hinten § 11 III C.

32 Hier wären die Berufsbildungs-Reglemente ein zweites Mal zu erwähnen.

III. *Motive der Zusammenarbeit zwischen Staat und Organisationen in der Rechtsetzung*

Das politisch-gesellschaftliche Phänomen der Verflechtung zwischen Staat und privaten Organisationen bzw. der wachsenden "grauen Zone" zwischen öffentlicher und privater Organisation und Aufgabenerfüllung hat in letzter Zeit vermehrt wissenschaftliches Interesse gefunden.³³ Aus den einschlägigen Untersuchungen ergibt sich, dass die Funktionen und Motive für die "Auslagerung" gewisser Aufgaben sehr vielfältig sind.³⁴ Hier sollen ohne eingehende historische Nachforschungen und Belege nur einige Überlegungen und Begründungen zur Frage festgehalten werden, warum Rechtsetzungskompetenzen den ordentlichen Zuständigkeiten und Verfahren entzogen werden.

A. Besonderer Externer Sachverstand

Es kann und müsste auch davon ausgegangen werden, dass in allen Fällen ausgelagerter Rechtsetzung den Privaten besonderer Sachverstand zukommt: Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen rechtfertigt sich von vornherein nur dort, wo private Organisationen aufgrund ihrer speziellen Kenntnisse besser imstande sind, Regelungen zu formulieren, als die zuständigen Verwaltungsstellen selber. Üblicherweise wird allerdings externer Sachverstand für die Rechtsetzung nutzbar gemacht, indem Private – ad-hoc oder institutionalisiert – im Vorverfahren beratend beigezogen werden: als Gutachter, in Kommissionen, in der Vernehmlassung usw.³⁵ Das zunehmende Angewiesensein der Behörden auf sachverständige Beratung wird allgemein in Zusammenhang gebracht mit der vermehrt regulierenden, planenden und fördernden Tätigkeit des Staates: Je umfangreicher, komplizierter und spezialisierter die Gesetzgebung werde – "und zwar um so mehr, als die Gesetzgebung nicht nur zur Konfliktregelung, sondern auch zur Daseinsgestaltung eingesetzt werde"³⁶ –,

33 Vgl. vor allem Untersuchungen zum Thema der "parastaatlichen Verwaltung" im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms Nr. 6: ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, und Arbeiten zum Agrarsektor von PETER RIEDER und (speziell Milchwirtschaft) ROBERT JÖRIN (im Erscheinen); dann den Aufsatz von ROLF H. WEBER, Publizistische und wirtschaftliche Strukturen im Rundfunkbereich, ZBl. 1981, 385 ff., und für die BRD (mit Einbezug einzelner ausländischer, vor allem angelsächsischer Beispiele) SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten.

34 SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, braucht allein im Inhaltsverzeichnis gute zwei Seiten für die Auflistung der Organisationstypen, die aus verschiedenen Motiven in verselbständigter Form mit der Erledigung öffentlicher Aufgaben betraut werden. Sein Spektrum ist allerdings ein viel breiteres als dasjenige dieser Arbeit: Es reicht von den öffentlichen Anstalten bis zur berufsständischen Selbstverwaltung.

35 Dazu vorn § 3 II A 3 und § 4 I sowie die dort genannte Literatur. Eine Darstellung der bundesdeutschen Varianten gibt SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, 262 ff.

36 SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, 282 ff. Vgl. dazu die EINLEITUNG II B: Gestaltung des "Daseins" als "Korrektur" wirtschaftlicher und technischer Entwicklungen?

desto weniger genüge das typisch juristische Instrumentarium und Wissen für die Problemlösung: Praktische und wissenschaftliche Beiträge anderer Disziplinen und Erfahrungsbereiche sind zur Aufgabenbewältigung durch den Staat fast durchwegs unerlässlich.³⁷ Deshalb brauchen jedoch die formellen Entscheidungsbefugnisse nicht an die privaten Sachverständigen übertragen zu werden. Der spezifische Sachverstand der Privaten allein ist kein hinreichender und auch nicht der ausschlaggebende Grund, wohl aber eine Voraussetzung für die Kompetenzauslagerung.³⁸

B. Angewiesensein auf die Unterstützung der Betroffenen

Für die Lösung der immer zahlreicheren und differenzierter steuernden Massnahmen ist der Staat nicht nur auf Informationen – den Sachverstand – von ausserhalb der Verwaltung angewiesen, sondern immer stärker auch auf die Kooperation der Regelungsadressaten. Für SCHUPPERT ist eines der wesentlichen Kennzeichen des regulierenden Staates die Tatsache, dass seine Steuerungstätigkeit nur effektiv ist, wenn die Betroffenen, insbesondere die beteiligten Wirtschaftskreise, ihre Mitwirkung nicht versagen.³⁹ Das hoheitliche Handlungsmodell ist deshalb in weiten Bereichen einem kooperativen gewichen.⁴⁰ Der Zusammenhang von staatlicher Steuerungintensität und Konsensbedarf wurde am Beispiel der amerikanischen New-Deal-Politik sehr klar und auch prägnant formuliert:

“On the technical plane, determinating the public interest becomes a purely pragmatic affair of discovering what can be done within certain limits. This thesis is submitted: that the greater the degree of detailed and technical control the government seeks to exert over industrial and commercial groups the greater must be the degree of consent and active participation in the very process of regulations, if regulation is to be effective and successful.”⁴¹

37 Der moderne Leistungs- und Interventionsstaat ist nicht nur “ein aufgaben- und ausgabenintensiver, sondern auch ein im höchsten Masse informationsbedürftiger Staat”, SCHUPPERT, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*, 260. In diesem Zusammenhang wäre nach SCHUPPERT, 278, das Bild einer Einbahnstrasse allerdings falsch: Er spricht von Beratung als Dialog und kommunikativem Prozess. Vgl. ACKERMANN, *Verordnungsrechtssetzung*.

38 So hat der Bund die äusserst detaillierten Technischen Tankvorschriften (SR 814.226.211 mit Anhängen, erschienen in einem separaten Ordner mit insgesamt ca. 130 Seiten) in Ausführung des Gewässerschutzgesetzes selber erlassen (müssen), während aufgrund des STEG die ähnlich spezialisierten Sicherheitsvorschriften bezüglich Aufzugsanlagen – ausgelagert – vom SIA formuliert und vom Bund “nur” genehmigt wurden (Beispiel H).

39 SCHUPPERT, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*, 282 ff. KNOEPFEL, *Vollzugsforschung*, 48, fragt, ob zugunsten besserer “Akzeptanz” von Verwaltungshandeln nicht sogar der Preis von “Implementationsdefiziten” bezahlt werden müsse. Vgl. auch ACKERMANN/STEINMANN, *Verflechtung*, Teil III: Kap. 3.

40 Wobei zum Teil sogar auf eigenes staatliches Handeln zugunsten von reinen Überzeugungsstrategien verzichtet wird, vgl. SCHUPPERT, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*, 64, 283; ACKERMANN/STEINMANN, *Verflechtung*, Teil I: Kap. 3, 1.2 (gentlemen’s agreements, siehe auch vorn § 4 Anm. 13).

41 PENDLETON HERRING, *Public Administration and the Public Interest*, New York, 1936, 192 (zitiert nach SCHUPPERT, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*, 283 f.).

Es ist davon auszugehen, dass sich die Verbände im wirtschaftlichen wie politischen Bereich zu Gewalten herausgebildet haben, die als Machtfaktoren in Rechnung gestellt werden müssen. Der Staat kann deshalb mit Aussicht auf Erfolg "nicht gegen die Wirtschaftsverbände, sondern nur in Kooperation mit ihnen"⁴² intervenieren. Zu berücksichtigen sind vor allem die von den Privaten bereits selber getroffenen Massnahmen und erreichten Ergebnisse.⁴³ Denn starke Verbände können mit ihrem "Verweigerungspotential" eine dirigistisch-zentralistische Politik unterlaufen; sie werden daher vom Staat unter Umständen besser als Kooperationspartner herangezogen denn als Interventionsadressaten behandelt. Die Zusammenarbeit kann nun gerade darin bestehen, dass den Privaten übertragen wird, einen Teil der Ausführungserlasse zu formulieren. Als Anwendungsfälle wären vor allem die Regelungen in der Milchwirtschaft (Beispiel K), in der Berufsbildung (Beispiel D) und in der Sicherheitsgesetzgebung (Beispiele E und H) zu nennen.

C. Flankierung verbandlicher Massnahmen

Das Abhängigkeitsverhältnis Staat – Verbände ist noch aus einem zweiten Blickwinkel zu betrachten: Nicht nur der Staat ist auf die Mitarbeit der Verbände angewiesen, sondern zum Teil bedürfen auch die Verbände der aktiven Unterstützung durch den Staat. Die "Verflechtungs-Medaille" hat tatsächlich eine Kehrseite, da die privaten Organisationen in gewissen Fällen "auf eine staatliche Sanktionierung und Flankierung"⁴⁴ ihrer eigenen Regelungen angewiesen sind. Dabei geht es vor allem um die Lösung von Aussenseiterproblemen.⁴⁵ Typische Beispiele dafür sind die AVE von Gesamtarbeitsverträgen und Rahmenmietverträgen (Beispiel B). Auch die Tarifkompetenzen der SUIA (Beispiel C) lassen sich in diesem Sinn verstehen: Die Existenz mehrerer Organisationen, die Urheberrechte an musikalischen Werken verwerthen, hatte für die Durchsetzung der Ansprüche der Urheber nachteilige Konsequenzen,⁴⁶ denen mit der Monopolstellung und Zwangsgewalt der SUIA begegnet wird. An den Beispielen der Berufsbildung (D) und der Sicherheitsgesetzgebung (E und H) zeigen sich deutlich die zwei Seiten der Medaille: Die zuständigen Verbände sind an

42 WERDER, Problemaufriss Parastaat, 10. Ähnlich ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil III: Kap. 5.

43 Dass der staatlichen meist eine private Interventionspolitik vorausging, ist ein wichtiger Hinweis GRUNERS, vgl. vorn I A. WERDER, Problemaufriss Parastaat, 10, spricht dann von einem bereits "besetzten Feld".

44 WERDER, Problemaufriss Parastaat, 10; ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil I: Kap. 3, 1.1. BOTSCHAFT WA I, 852, 853 ff.

45 Vgl. dazu aber auch die Ausführungen vorn § 7 II. Illustrativ das Votum JAUSLIN, Amtl. Bull. SR 1975, 708 ff. (zum STEG).

46 BOTSCHAFT URVG, 314 f. In der heutigen Musik- und Medienwelt ist eine selbständige Verwaltung der Verwertungsrechte durch den Urheber illusorisch.

Handhaben gegen Aussenseiter interessiert, und der Staat ist für die Durchführung seiner Politik auf die Mitarbeit der Organisationen angewiesen.⁴⁷

D. Flexibilitätserfordernisse

Mit der Ausweitung der staatlichen Aufgabenbereiche ist der Umfang der Rechtsetzung stark angewachsen;⁴⁸ zudem haben sich die Regelungen in Zweck und Form gewandelt. Neben das klassische, als Konditionalprogramm⁴⁹ formulierte Gesetz traten zum Teil final programmierte Massnahme-, Planungs-, Steuerungsgesetze usw.;⁵⁰ die grossen, auf Beständigkeit angelegten Kodifikationen gerieten zugunsten immer zahlreicherer Spezialgesetze in den Hintergrund; die Komplexität, Spezialisierung und ständige Entwicklung der zu regelnden Probleme brachte eine Gewichtsverschiebung vom formellen Gesetz weg zur flexibleren Verordnung. SCHUPPERT legt dar, wie weit die veränderten Staatsaufgaben nicht-bürokratische (nicht-hierarchische), mehr oder weniger verselbständigte Verwaltungsformen begünstigen und verlangen.⁵¹ Die Eigenarten gewisser Regelungsaufgaben scheinen zudem die Möglichkeiten der Verwaltung zu überfordern: Hohe Spezialisierung und Flexibilität in der Anpassung an die Entwicklungen sind Voraussetzungen dafür, dass die Normen über die Sicherheit technischer Geräte und Einrichtungen dem aktuellen Stand der Technik entsprechen.⁵² Innerhalb der Fachorganisationen (Beispiele E und H) bestehen Dutzende von Kommissionen, die sich in engem Kontakt zur Wissenschaft und Praxis mit Normierungsarbeiten befassen und gemäss internationalen Usanzen diese Regeln in einem Fünf-Jahres-Rhythmus überprüfen und nötigenfalls revidieren. Eine solche Leistung könnte die Verwaltung keinesfalls eigenständig erbringen; es wäre auch wenig sinnvoll, wenn sie eine Parallelorganisation aufzöge. Zudem sind die Verfahren sogar der Verordnungsgebung recht aufwendig. Die Arbeitsweise der Spezialgremien technischer Verbände dagegen ist zweckentsprechend funktional.⁵³

47 Vorn I B.

48 Vgl. zur Entwicklung – auch der zu erwartenden – des Regelungsbedarfs vorn die EINLEITUNG II B.

49 Zur Unterscheidung von Konditional- und Finalprogrammen grundlegend NIKLAS LUHMANN, Rechtssoziologie, Reinbek/Hamburg (1972), 88 und 220 ff., 227 ff.

50 Zur Funktionenvielfalt des Gesetzes vgl. LINDER, Legalität, III.

51 SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, 259 ff.

52 Ähnliche Problematik im Umweltschutzrecht, vgl. G. SCHMID, Gesetzesvorbehalt im Umweltschutzrecht, 182 f., 188 ff.

53 Inwieweit sie auch den Anforderungen an staatliche Rechtsetzung genügt, soll hier noch nicht beantwortet werden. Zu vermerken ist nur, dass der ursprüngliche Vorschlag des Bundesrates, die privat erarbeiteten Sicherheitsvorschriften nicht in jedem einzelnen Fall einer Genehmigung zu unterziehen, sondern die staatliche Anerkennung gewissermassen über eine "Akkreditierung" der Fachorganisationen zu verleihen, wegen verfassungsrechtlicher Bedenken nicht verwirklicht wurde, vgl. hinten § 12 II A.

§ 11 Verfassungsnormen zur Stellung privater Organisationen

I. Im Allgemeinen

Das grosse tatsächliche Gewicht der Verbände im politischen Leben findet bis heute keinen entsprechenden verfassungsrechtlichen Niederschlag. Die BV regelt nämlich die Stellung privater Organisationen innerhalb der staatlichen Handlungsstrukturen nicht in grundsätzlicher Art:¹ Neben den Behörden der drei klassischen "Gewalten" erscheinen nur die Bürger als weiteres Staatsorgan; die sogenannten "intermediären Gewalten" (wie Parteien oder Verbände) sind bei den Organisations- und Verfahrensnormen, die die Willensbildung und das Handeln im Staat ordnen, nicht berücksichtigt.² Punktuell nimmt die Verfassung jedoch bei den Artikeln über die Bundeskompetenzen – vor allem im grösseren Rahmen der Bestimmungen über die Wirtschafts- und Sozialordnung – an verschiedenen Stellen in zwei bestimmten Zusammenhängen auf private Organisationen Bezug:³ Zum einen räumte Art. 32 Abs. 3 BV erstmals den "zuständigen Organisationen der Wirtschaft" ein Anhörungsrecht zu wirtschaftspolitischen Massnahmen des Bundes ein und hielt gleichzeitig fest, dass die Verbände auch beim "Vollzug der Ausführungsvorschriften zur Mitwirkung herangezogen" (unten II.) werden können,⁴ worauf in den folgenden Jahrzehnten immer wieder ähnliche Regelungen getroffen wurden.⁵ Zum andern eröffnete die BV in den Art. 34ter Abs. 1 lit. c und Art. 34septies Abs. 1 die Möglichkeit, Kollektivverträge in den Bereichen Arbeit und Miete durch behördliche AVE mit Gesetzeswirkung auszustatten, und statuierte damit explizit Rechtsetzungskompetenzen privater Organisationen (III.). Daraus ergibt sich vorerst, dass private Organisationen zwar in die Verteilung der staatlichen Regelungslast nicht grundsätzlich und mit einem klar umrissenen Platz einbezogen, dass sie aber aus ihr auch nicht vollständig ausgeschlossen sind. Konkreteren Aussagen über im Sinn der Verfassung liegende Bereiche und Formen der Arbeitsteilung bzw. Zusammenarbeit zwischen Staat und privaten Organisationen (§ 13) soll eine kurze Darstellung der beiden in der BV genannten privaten Zuständigkeiten vorausgehen.

1 Nicht die Rede ist in diesem Zusammenhang von den Bestimmungen der BV, die in liberaler Tradition den privaten Organisationen Freiheitssphären "gegenüber dem Staat" schaffen (Art. 56 und 31bis Abs. 5 BV bezüglich Vereinen bzw. Genossenschaften).

2 Im besonderen kann Art. 104 BV (Beizug von Sachverständigen durch den Bundesrat) wegen seiner systematischen Verortung und der Entstehungsgeschichte nicht als Norm über die Stellung von Verbänden verstanden werden, vgl. BURCKHARDT, Kommentar, Art. 104; GIGER, Mitwirkung, 175 f. – Vgl. aber Art. 68 und 69 VE.

3 GIGER, Mitwirkung, 174 ff.

4 Zur Geschichte von Art. 32 BV vgl. PETERMANN, Grenzen der Mitwirkung, 21 ff. und 36 f.; SCHÜRMANN, Art. 32, 199 ff.

5 Vgl. beispielsweise die Art. 27ter Abs. 2 oder 27quinquies Abs. 4 (Anhörung), Art. 34quinquies Abs. 5, 34novies Abs. 5 oder 37quater Abs. 4 (Vollzugsmitwirkung). Für diese Arbeit ist nur Art. 32 Abs. 3 BV relevant.

II. Die Mitwirkung Privater beim Vollzug (Art. 32 Abs. 3 BV)

A. Verordnungserlasse als Teil des Vollzugauftrags?

1. Rechtsetzung im Vollzug?

Die Anhörung privater Organisationen im Vorverfahren der Gesetzgebung (und damit die erste Satzhälfte von Art. 32 Abs. 3 BV) wird, wie vorn begründet,⁶ aus dieser Arbeit ausgeklammert. Vor dem Hintergrund der Ausführungen über die Delegationsproblematik und über die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung im vorhergehenden Kapitel soll aber hier genauer untersucht werden, welche Kompetenzen die Privaten grundsätzlich im Rahmen eines Vollzugauftrags haben können. In den Lehrbüchern wird diese spezielle Bestimmung der Wirtschaftsartikel meist nur kurz und ohne genauere Definition dessen erwähnt, was unter der "Mitwirkung" oder dem "Vollzug" zu verstehen ist.⁷ Ihr Inhalt scheint evident und "Vollzug" mit "Rechtsanwendung" gleichzusetzen zu sein; den jeweils genannten Beispielen kommen dabei eher illustrierende als definierende oder abgrenzende Funktionen zu. Dennoch bleiben Fragen offen: Wie wir gesehen haben, umfassen ja die Vollzugsaufgaben des Bundesrates auch Verordnungskompetenzen. Lässt sich nun daraus schliessen, dass zur Mitwirkung beim Vollzug herangezogenen Privaten ebenfalls die Befugnis zum Erlass allgemeinverpflichtender ex-ante-Normen zusteht? Inwieweit bietet Art. 32 Abs. 3 BV die rechtliche Grundlage für Verordnungsbefugnisse privater Organisationen im Geltungsbereich der Wirtschaftsartikel?

Von Anfang an war klar, dass die privaten Organisationen aufgrund von Art. 32 BV nicht nur durch Realakte, wie das Einziehen eines Beitrags, sondern auch mittels "Verfügungen",⁸ nämlich beispielsweise durch Festsetzung eines Beitrages, an der Durchführung der öffentlichen Aufgaben beteiligt werden können, dass ihnen also auch Entscheidungen zustehen.⁹ RHINOW hat dargetan, dass auch solche Einzelakte rechtsetzend und damit nicht kategorial von Verordnungen zu unterscheiden sind. Gleichzeitig weist er darauf hin, dass rechtsetzende Akte in verschiedenen Formen mit unterschiedlichen Wirkungen ergehen können und sollen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Verfassungsgeber die privaten Organisationen an der staatlichen Macht beteiligen, aber gleichzeitig ihre Handlungsformen in einer bestimmten Weise beschränken wollte. Aus den Materialien¹⁰ ergeben sich keine klaren Hinweise

⁶ § 4 I.

⁷ AUBERT, *Traité*, Nr. 206; GRISEL, *Droit administratif*, 15; SCHÜRMANN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 332. SCHÜRMANN, Art. 32, 213, hält sich ebenfalls sehr kurz; einige Beispiele finden sich in BOTSCHAFT WA I, 869 f.

⁸ Vgl. die Beispiele bei GIGER, *Mitwirkung*, 155 f.

⁹ Was sich u.a. im Ruf nach einer ausgebauten Verwaltungsrechtspflege ausdrückt, vgl. etwa SCHÜRMANN, Art. 32, 213. Für "rein administrative" Funktionen Privater "ohne wesentliche Ermessensfreiheit" wäre nach ROHR, *Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen*, 24, keine Verfassungsgrundlage nötig, da dies "eine mögliche Form der Dezentralisation" darstelle.

¹⁰ BOTSCHAFT WA I, 896 ff.; Amtl.Bull. NR 1945, 600 ff., und Amtl.Bull. SR 1945, 266.

dazu. GIGER, der die erste umfangreiche Untersuchung über die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private vorlegte, schliesst Verordnungsbefugnisse von Verbänden im Prinzip aus.¹¹ Er betrachtet jedoch im Rahmen von Vollzugskompetenzen die Ausarbeitung von “untergeordneten Weisungen” durch die privaten Organisationen als durchaus zulässig: Eine solche Tätigkeit, obwohl ihrem Wesen nach Rechtsetzung, werde “gemeinhin im Vollzug mitverstanden”¹² und sei deshalb von Art. 32 Abs. 3 BV gedeckt.

Wenn wir davon ausgehen, dass die Kompetenzordnung der Verfassung die Zuständigkeit für Entscheidungen den verschiedenen Organen vor allem gemäss ihrer politischen Bedeutung zuspricht und nicht formale, normstrukturelle Kriterien im Vordergrund stehen, so gibt es tatsächlich von daher keinen prinzipiellen Einwand dagegen, Privaten auch gewisse Rechtsetzungskompetenzen zu übertragen, wo sie beim Vollzug mitwirken sollen. Art. 32 Abs. 3 BV lässt sich dann nämlich als Verfassungsauftrag verstehen, die privaten Organisationen in den letzten Konkretisierungsphasen der Politikfestsetzung aktiv einzubeziehen. In welchen Handlungsformen und mit welchem Entscheidungsspielraum sie am Prozess der Rechtsverwirklichung teilhaben sollen, bliebe vom Gesetzgeber näher zu umschreiben.

Wenn also Rechtsetzungsbefugnisse Privater im Rahmen von Art. 32 BV nicht von vornherein verfassungswidrig sind, so muss doch festgehalten werden, dass sich die Funktionen, Wirkungen und Folgen *vorwegnehmender Regelungen*¹³ von Regelungen im konkreten Einzelfall doch wesentlich unterscheiden. Daraus ergeben sich für den Umfang der Rechtsetzungsbefugnisse Privater besondere Beschränkungen (B.).

2. Selbständige oder delegierte Rechtsetzungszuständigkeit?

Weil die BV den privaten Organisationen keinen eigenen hoheitlichen Wirkungsbereich zuweist, kann die Frage nach der Rechtsetzungszuständigkeit der Privaten nicht in Analogie zu jener des Bundesrates¹⁴ behandelt werden. Wir stehen vor zwei grundsätzlich verschiedenen Problemen: Wie innerhalb des staatlichen, des hoheitlichen Bereichs Aufgaben auf verschiedene “Gewalten” oder Organe verteilt werden sollen, steht auf einem andern Blatt als wie und wann ausnahmsweise Private mit Hoheitsbefugnissen auftreten können sollen. Während der Bundesrat zur “stufengerechten” Normierung keiner Delegation bedarf,¹⁵ muss bei Privaten in jedem Fall zuerst einmal die Grundlage dafür geschaffen werden, dass ihren Regelungen über-

11 GIGER, Mitwirkung, 143 f., 146.

12 GIGER, Mitwirkung, 180, ohne besondere Nachweise. LENDI/NEF, Erfüllung, 30: Wo der “Staat den Vollzug von Ausführungsvorschriften auf Private überträgt, (kann) eine nachgeordnete Rechtsetzungsbefugnis eingeschlossen sein.”

13 Vorn § 8 IV B 2.

14 Dazu vorn § 9 II.

15 Vorn § 9 II A am Schluss.

haupt hoheitlicher Charakter zukommt. Hier ist deshalb immer eine ausdrückliche einzelgesetzliche Delegation von Rechtsetzungskompetenzen vorausgesetzt.¹⁶ Das verlangt im übrigen auch das Verwaltungsorganisationsgesetz.¹⁷

B. Zum Umfang der vollziehenden Verordnungskompetenzen

Ausgangspunkt ist die durch die Schaffung einer Bundeskompetenz markierte Notwendigkeit, den betreffenden Problemkomplex durch den Staat zu regeln, der seinerseits für die Durchführung seiner Politik die Mithilfe der privaten Organisationen in Anspruch nehmen kann. Dem entsprechend haben staatliche Organe die Ziele und Massnahmen, die zu erfüllenden Voraussetzungen und Bedingungen usw. zu formulieren, während es den privaten Organen im Rahmen ihrer Vollzugskompetenzen zumindest überlassen werden kann (aber nicht muss), Normen darüber aufzustellen, wie die Umsetzung dieser Regelungen konkret abzuwickeln ist, d.h. wie sie ihre verwaltende Tätigkeit auszuüben gedenken.¹⁸ Um der neueren bundesgerichtlichen Praxis¹⁹ zu genügen, sind jedoch auch diese Organisations- und Verfahrensfragen im wesentlichen vom Gesetzgeber selber vorzuzeichnen. Hinweise auf die Anforderungen und Grenzen solcher Vorzeichnung vermitteln neuerdings die Ergebnisse sozialwissenschaftlicher Forschungsprojekte über die Vollzugsphase,²⁰ die zeigen, wie wichtig die letzten Konkretisierungsstufen für die Verwirklichung von gesetzlich umschriebenen politischen Programmen sind. Sie werfen einige gebündelte Lichtstrahlen auf einen bisher weitgehend im Dunkeln gebliebenen Komplex von Zusammenhängen rechtlicher, organisatorischer, technischer, personeller usw. Art, aus denen sich nur ein einziger genereller Schluss ziehen lässt: dass den Modalitäten des Vollzugs (und der Kontrolle) vom Gesetzgeber besondere und auf die konkreten Umstände bezogene Aufmerksamkeit zuteil werden sollte.²¹

Inwieweit konkretisierende Normsetzung zum "Vollzug" gerechnet werden kann, ist aber damit noch nicht beantwortet. Zwischen dem Festlegen der Grundzüge und der Ausformulierung der detaillierten Vollzugsanweisungen bleibt besonders dort ein weiter Raum für konkretisierende Regelungen, wo spezielle technische oder

16 Art. 32 Abs. 3 BV spricht im übrigen nur in Form einer "kann-" Vorschrift von der Mitwirkung privater Organisationen.

17 Vorn § 9 II C, hinten § 13 II A 1.

18 Damit entsprechen sie auch der Maxime, dass ex-ante-Regelungen überall dort aufzustellen sind, wo dies möglich ist (BGE 86 I 312 ff.) und nicht Einzelfallgerechtigkeit im Zentrum steht.

19 § 9 II B 2.

20 So beleuchtet beispielsweise die Fallstudie "Berufsbildung" bei ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2, 2, welche zentrale Bedeutung dem Mass an Fachkompetenz, an Flexibilität, an Kooperationsbereitschaft oder Organisationsmacht u.a. den jeweils beauftragten Organisationen zukommt. Vgl. beispielsweise auch PETER KNOEPFEL, Strategien und Implementationschancen der Luftreinhaltepolitik, SJPW 1981, 121 ff.

21 Vgl. dazu für den Fall der ausgelagerten Rechtsetzung hinten § 14.

Branchenerfordernisse zu berücksichtigen sind: Es braucht eine ganze Reihe von Konkretisierungsschritten, um etwa von der Zielformulierung, es sei ein gesunder Bauernstand und u.a. eine gute Ernährungslage der Bevölkerung zu sichern (Art. 1 LwG), zur Detailregelung über die Rahmlieferung für Milchzentrifugenrahm (Beispiel K) zu gelangen. Über die Grenzen zwischen den Zuständigkeitsbereichen von Gesetzgeber und Bundesrat haben Lehre und Praxis relativ klare Vorstellungen entwickelt. Dagegen sind die Kompetenzbereiche untergeordneter Instanzen oder die an sie delegierbaren Materien weniger diskutiert worden.

Aus der schweizerischen Verfassungsordnung ergibt sich zunächst, dass die Vollzugskompetenzen privater Organe jedenfalls nicht umfassender sein dürfen als jene der Exekutive. Private können aber auch nicht Regelungen erlassen, die ihrer Bedeutung nach der politischen Legitimation durch den Bundesrat selber bedürfen: Art. 32 Abs. 3 BV hält klar fest, dass die Organisationen die ordentliche Vollzugsgewalt nicht ersetzen, sondern nur unterstützen und dabei eben "mitwirken" sollen. Mit dieser Einschränkung lässt sich durchaus vereinbaren, dass die Privaten nicht in jedem Fall den untersten staatlichen Instanzen nachgeordnet auftreten, sondern mitunter direkt an die Stelle von Verwaltungsbehörden wie Ämtern oder Sektionen gesetzt werden. Aus dem Grundsatz, dass die Zuständigkeit für Regelungen ihrer Bedeutung gemäss auf die verschiedenen Organe zu verteilen sind, kann im weiteren abgeleitet werden, dass Private nur "unwichtigere" Erlasse – sicher weniger wichtige als der Bundesrat und wohl die Departemente – verantworten können.²²

Für die Ermittlung der Bedeutung einer Regelung haben vor allem EICHENBERGER sowie G. MÜLLER und das Bundesgericht²³ Kriterien geliefert. Dabei wurden auch die bei der Operationalisierung, d.h. beim Messbarmachen, auftretenden Schwierigkeiten sichtbar, die Anlass sind, im Zusammenhang mit den Regelungsbefugnissen Privater nur auf zwei Kriterien näher einzugehen:

Aus *rechtsstaatlichen* Gründen kommt eine besondere Bedeutung jenen Erlassen zu, die Qualitätsanforderungen²⁴ formulieren, deren Erfüllung anschliessend durch Behörden nachgeprüft oder durchgesetzt wird. Dem verfassungsmässigen Gewaltenteilungsprinzip wird nur dann Genüge getan, wenn die beiden Funktionen – das Aufstellen und das Kontrollieren solcher Normen – auf verschiedene Organe verteilt werden. Wo die Mitwirkung der Privaten beim Vollzug darin besteht, dass sie kontrollierend bzw. prüfend tätig sind, kann in ihren Vollzugskompetenzen deshalb im Prinzip nicht auch die Massstäbe setzende Normierung enthalten sein.

Aus *demokratischen* Gründen ist ein weiteres zu fordern: dass die privaten Organisationen nicht im Rahmen von Vollzugskompetenzen mit hoheitlichem Anspruch Entscheide "in eigener Sache" fällen. Als Regelungen, die diesen deshalb ihrer "Wichtigkeit" wegen nicht überlassen bleiben können, sind solche auszuscheiden,

22 Vgl. vorn § 9 II C zur Subdelegation innerhalb der Verwaltung.

23 EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, 21 Anm. 22; G. MÜLLER, Rechtssetzung, 110 ff.; BGE 103 Ia 369 ff.

24 Es kann um so unterschiedliche "Qualitäten" wie berufliche Fähigkeiten oder Lebensmittelzusammensetzungen usw. gehen.

bei denen allgemeine, öffentliche gegenüber partikulären, von den entsprechenden Organisationen verkörperten Interessen abgewogen werden:²⁵ Dass beispielsweise die Milch den Produzenten – und in einem genau bestimmten Ausmass – zu subventionierten Preisen abgenommen wird und diese sich ihrerseits nach ausgewählten Qualitätsmerkmalen bemessen, ist das Resultat einer Ausmarchung unter verschiedenen, widerstreitenden Interessen. Solche Entscheide können einer privaten Organisation wie dem ZVSM (Beispiel K) nicht als Teil des Vollzugsauftrags zugewiesen werden,²⁶ während es in diesem Rahmen durchaus zweckmässig und unbedenklich sein kann, die technischen Anordnungen über die Durchführung der individuellen, abgestuften Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen vom Verband aufstellen zu lassen.²⁷

III. Die AVE von Kollektivverträgen

A. Ideologischer Zankapfel der Wirtschaftsartikel

Bekanntlich haben die Wirtschaftsartikel von 1947 eine lange Vorgeschichte, während der das Revisionsvorhaben mit wechselnden wirtschaftlichen Problemlagen (u.a. Weltwirtschaftskrise und Kriegsjahre) und gesellschaftlich-politischen Vorstellungen und Einflüssen konfrontiert war.²⁸ Die AVE von privaten Vereinbarungen oder Beschlüssen war bereits in einer 1919 knapp verworfenen Gesetzes-Vorlage über die Ordnung des Arbeitsverhältnisses, gestützt auf die Art. 34ter (alter “Gewerbeartikel” von 1908) und 64 BV, vorgesehen gewesen.²⁹ Später war sie ein Anliegen vor allem jener Kreise, die – mit unterschiedlichem ideologischem Hintergrund – eine staatlich anerkannte Organisation und “Selbstverwaltung” in Berufsgemeinschaften oder “Ständen” anstrebten.³⁰ In der Wirtschaft³¹ und, mit anderen Vorzeichen, in der staatsrechtlichen Doktrin erwuchs der Verankerung der AVE, einem im Zusammenhang mit Hilfsaktionen für einzelne Wirtschaftszweige verschiedentlich³² ohne spezielle Verfassungsgrundlage eingesetzten Instrument, zum Teil vehe-

25 Vgl. zur Bedeutung der “Wertentscheidungen” im Zusammenhang mit der Delegationsproblematik FLEINER, *Delegation*, 52 und 80 ff., und hinten § 14 III. zur ausgelagerten Rechtsetzung.

26 Über die Interessenlage des ZVSM und gewisse interne Interessenkonflikte vgl. SCHILLING/ALBONICO, *Milch*, 10 ff.

27 SR 916.351.22.

28 BOTSCHAFT WA I, 871 ff.; BOTSCHAFT WA II, 914 f.; AUBERT, *Traité*, Nr. 1852 ff.

29 Vgl. GRUNER, *Wirtschaftsverbände*, 122 ff., zu den Hintergründen und Wirkungen der Begehren nach Errichtung obligatorischer Berufsgenossenschaften zwischen 1889 und 1893.

30 Dazu der interessante Überblick bei PERRIN, *Conventions*, 490 ff., und ausführlich vor allem zu den auf der Enzyklika “*Rerum novarum*” basierenden Vorschlägen MALHERBE, *Corporatisme*.

31 GIGER, *Mitwirkung*, 186.

32 Beispiele in BOTSCHAFT WA I, 850 f.; vgl. auch H. HUBER, *AVE*, 332 ff. (mit Berücksichtigung ausländischer Fälle).

mente Kritik. HANS HUBER beispielsweise bezeichnete sie als revolutionäre Neuerung im Staatsrecht,³³ ihn stimmte es nachdenklich, “dass eine Neuerung, welche mit so grossen staatsrechtlichen Konsequenzen verbunden ist, wie die AVE, selbst *keineswegs auf einer staatsrechtlichen Idee beruht*”,³⁴ wie er in seinem Aufsatz ausführlich begründet. Die mit den Wirtschaftsartikeln tatsächlich eingeführte Variante der AVE ging schliesslich bedeutend weniger weit als der ursprüngliche Vorschlag für einen besonderen AVE-Artikel (31ter BV):³⁵ Statt die der AVE zugänglichen Sachgebiete erst durch die Gesetzgebung bestimmen zu lassen, wurden sie bereits in der Verfassung auf solche beschränkt, die “das Arbeitsverhältnis betreffen”.³⁶

B. Das Institut der AVE als Ausnahme zur staatlichen Rechtsetzung

Mit der AVE von Kollektivverträgen wird Recht gesetzt, das in Abweichung von der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung und dem ordentlichen Verfahren entsteht.³⁷ Zudem wird ein sonst der Privatautonomie unterstehender Bereich zwingend geregelt. Als für dieses Rechtsinstitut zentral erweist sich sodann das Potential der beteiligten Organisationen, mit ihrem Gesamtvertrag – über eine Einigung auf dem Verhandlungsweg – zu einem angemessenen Interessenausgleich zu kommen.³⁸

Die Entstehungsgeschichte von Art. 34ter BV und sein Verhältnis zu andern Verfassungsmaximen (wie: demokratische Rechtsetzung, Privatautonomie) unterstützen die Ansicht, dass der Anwendungsbereich der AVE als “Rechtsetzungsverfahren *sui generis*”³⁹ auf jene Fälle beschränkt ist, die in der BV explizite Erwähnung finden.⁴⁰ Dem entsprechend ist die AVE von Kollektivverträgen nur – aber auch: klar – für Regelungen des Arbeits- und seit 1972 des Mietverhältnisses (Art. 34ter und 34septies BV) zulässig.

33 H. HUBER, AVE, 335.

34 H. HUBER, AVE, 414, sowie ähnlich auch in späteren Aufsätzen, vgl. vor allem H. HUBER, Verbandsrecht.

35 Vgl. H. HUBER, AVE, 33. Erlaubt gewesen wäre auch grundsätzlich die Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit (Abs. 3, letzter Satz).

36 Art. 34ter Abs. 2 BV. Der Bundesrat hatte für die AVE in seiner ersten Vorlage noch “in Aussicht die Regelung der Berufsbildung, der Arbeitsbedingungen mit Einschluss der sozialen Nebenleistungen und die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs” (BOTSCHAFT WA I, 855), das Parlament hob dann diese Einschränkung in der nie realisierten Version der Wirtschaftsartikel von 1939 sogar auf (BBl. 1940 I 196).

37 Vgl. vorn § 8 II B. GIGER, Mitwirkung, 148 ff., sowie statt vieler AUBERT, Traité, Nr. 204 und 1538; FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, 497. Ausdrücklich deshalb melden mehrere Stimmen Bedenken gegen die Aufnahme eines speziellen AVE-Artikels in eine neue BV an (VERNEHMLASSUNG VE, 269, 271).

38 Vgl. unten C.

39 VPB 44.28, S. 120.

40 So auch die Stellungnahmen der Verwaltung in VPB 35.100 (wo am Schluss von einem “verfassungsimmanenten Verbot der AVE von Verbandsbeschlüssen” die Rede ist), 41.110 und 44.28. HAUSHEER, AVE, 338; PERRIN, Conventions, 498 f.

C. Der Gegenstand der AVE

Die Sonderstellung des Rechtsetzungsverfahrens mittels AVE ruft nach einigen Bemerkungen über die Regelungen, die allgemeinverbindlich erklärt werden können. Beide BV-Bestimmungen nennen als typischen Gegenstand mit den GAV bzw. RMV sogenannte "Kollektivverträge"⁴¹ sowie zusätzlich "andere gemeinsame Vorkehren"⁴² der beiden entsprechenden Sozialpartner. Typisch ist, dass sich möglichst gleichwertige Kollektivparteien – mit unterschiedlichen, konträren Interessenstandpunkten – gemeinsam auf eine Regelung festlegen.⁴³ Dem Resultat wird die legitimierende "Richtigkeitsgewähr"⁴⁴ in ähnlicher Weise wie beim ordentlichen Rechtsetzungsprozess über den vorangegangenen Aushandlungsprozess zugeschrieben. Diese Gleichbewertung hält aber nur unter Voraussetzung einer ganz bestimmten Konstellation stand: Es braucht zwei Seiten, die all jene Gesichtspunkte repräsentieren und einbringen können, die für das Regelungsproblem wesentlich sind; es braucht aber vor allem das Potential einer Seite, als Destabilisierungsfaktor zu wirken, wenn keine kollektiv-vertragliche Einigung erreicht wird. Wo Gruppen in ihren Interessen zu unterschiedlich und daher schwer organisierbar sind, wo sie keine Möglichkeit haben, über die Verweigerung ihrer Leistung Druck auszuüben, kann das Institut der AVE von Kollektivverträgen nicht zum Tragen kommen.⁴⁵

So eignen sich Beschlüsse *einzelner* Organisationen wie der Kommissionen technischer Fachorganisationen (Beispiel H) nicht für die AVE, auch wenn sie neben Vertretern der Produzenten und Wissenschaft zusätzlich solche etwa des Handels oder der Konsumenten umfassen.⁴⁶ Ebenso wenig ist die AVE am Platz, wo eine Auseinandersetzung mit einer Mehrzahl konfligierender Interessen(gruppen) not-

41 Zum Begriff HAUSHEER, AVE, 301 ff.

42 Im VE, Art. 27 und 102, fällt diese Ergänzung weg – wohl ohne dass damit eine Einschränkung beabsichtigt wäre.

43 Eine Beschränkung der AVE auf Verträge unter Parteien mit konträren Interessen sieht eine der Stellungnahmen gemäss VERNEHMLASSUNG VE, 270, vor; auch andere Stimmen fragen nach der Tauglichkeit des Instituts für andere als die bisherigen Materien (VERNEHMLASSUNG VE, 272).

44 Dazu HAUSHEER, AVE, 261.

45 Deshalb geht der Hinweis auf die Bewährung des "Friedensabkommens" in der Maschinenindustrie (vgl. Amtl.Bull. NR 1971 II 1272) fehl; ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil III: Kap. 7, erklären so das fehlende Interesse der Vermieterseite an allgemeinverbindlich erklärten RMV (vgl. vorn § 2 Anm. 8 – Beispiel B): Die Mieter sind nicht nur schlecht organisiert, sondern auch kaum in der Lage zu "streiken". ACKERMANN/STEINMANN folgern: "AVE mit Schutzcharakter für schwach organisierte Bereiche können ihr Ziel nicht erreichen." Es bleibt beispielsweise bei Mietverträgen, die im wesentlichen allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen. Ähnliches gälte für weitere Konsumenteninteressen. Weniger skeptisch ist PERRIN, Conventions, 548 ff., der Möglichkeiten für das Institut der AVE im Bereich des OR sieht. – Zur Organisation von Interessen vgl. vor allem CLAUS OFFE, Politische Herrschaft und Klassenstrukturen, in: KRESS/SENGHAS (Hrsg.), Politikwissenschaft, Frankfurt/Main 1979, 155 ff.; MANCUR OLSON, Die Logik kollektiven Handelns, Tübingen 1968.

46 Vorn § 5 Anm. 28. "AVE" wird deshalb in dieser Arbeit nicht für die Ausstattung von Verbandsbeschlüssen mit Hoheitscharakter verwendet (vorn § 7 am Schluss). – Zur Beziehung Verband/Mitglied bei technischen Organisationen VPB 41.110, S. 104.

wendig ist. Für die *multilaterale* Aushandlung von Interessen mit allgemeinen, öffentlichen Aspekten steht als ordentlicher Entscheidungsmechanismus das Gesetzgebungsverfahren zur Verfügung. Voraussetzung für das Funktionieren des Verhandlungsmodells sind also konträre, organisierbare und repräsentativ organisierte Interessen. Deshalb bleibt die Zahl der möglichen Anwendungsgebiete der Rechtsetzung durch AVE von Gesamtverträgen klein; Terminus und Institut der AVE sind nur für bilaterale Gesamtverträge und nur ausnahmsweise von der Verfassung vorzusehen.

IV. Zwischenergebnis zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Rechtsetzungsbefugnissen Privater

Private Regelungskompetenzen finden in zwei Arten von Verfassungsartikeln eine Grundlage: Zum einen stellt die BV als "Rechtsetzungsverfahren sui generis" das Institut der AVE von Kollektivverträgen zur Verfügung; zulässig ist diese ausserordentliche Regelungsart allerdings nur in den von der Verfassung ausdrücklich vorgesehenen Fällen, d.h. zur Zeit bei Arbeits- und Mietfragen.⁴⁷ Zum andern bieten verschiedene Verfassungsbestimmungen, nach denen die Privaten zur Mitwirkung beim Vollzug herangezogen werden können, eine Grundlage für Regelungskompetenzen minderer Bedeutung.

Zu fragen bleibt noch, ob und allenfalls inwieweit sich der Einbezug Privater in die Verteilung der Regelungslast prinzipiell mit den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien verträgt. Vorweg ist die Praxis der Behörden zur ausgelagerten Rechtsetzung darzustellen.

⁴⁷ Wegen der fehlenden Ausführungsgesetzgebung jedoch ist die AVE noch nicht auf RMV anwendbar.

§ 12 Regelungsbefugnisse Privater im Licht der Praxis

I. Ausgangspunkt: Fehlende Organstellung der intermediären Gewalten

Während die privaten Organisationen und insbesondere die Verbände im politischen Leben und bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine bedeutende Rolle spielen, regelt die Verfassung, wie wir gesehen haben, ihre Stellung als "herbeigezogene" Staatsorgane nirgends in grundsätzlicher Weise.¹ Dem Stillschweigen des Verfassungsgebers bezüglich der allgemeinen Einordnung intermediärer Gewalten in die staatliche Organisation steht eine fast selbstverständliche Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegenüber. Private Organisationen nehmen denn auch mehr Rechtsetzungsaufgaben wahr, als eine Lektüre der Verfassung vermuten liesse: Die hier besprochenen Fälle der Rechtsetzung durch Private beschlagen ja gerade nicht nur das von der BV ausdrücklich zur Verfügung gestellte besondere Rechtsetzungsverfahren durch allgemeinverbindlich erklärte Kollektivverträge.

Wie wir gesehen haben, weist die Verfassung dem Bundesrat nicht explizit Rechtsetzungsbefugnisse zu; in seinen Vollzugsaufgaben gemäss Art. 102 Ziff. 5 BV sehen Lehre und Praxis jedoch — in einem gewissen, im einzelnen umstrittenen Rahmen — eine allgemeine, selbständige Regelungskompetenz. Für den Erlass von Verordnungen, die nicht in diesen Bereich fallen, bedarf der Bundesrat einer einzelgesetzlichen Ermächtigung, einer Delegation.

Da die BV den Privaten nicht die Stellung von Staatsorganen einräumt, kann die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von Rechtsetzungskompetenzen Privater nicht im Vergleich mit dem bundesrätlichen Aufgabenbereich, d.h. auf dem Weg der Analogie, beantwortet werden. Der folgende Abschnitt gibt eine kurz kommentierte Übersicht dazu, wie sich Organe des Bundes in einzelnen aktuellen Fällen zur Auslagerung von (Rechtsetzungs-) Kompetenzen stellten.

¹ Im VE finden sich immerhin eine Bestimmung über die Parteien (Art. 68), eine allgemeine Norm (Art. 69) über die Anhörung interessierter Kreise bei der Vorbereitung der Gesetzgebung sowie eine Bestimmung (Art. 105 Abs. 3), die erlaubt, "ausnahmsweise" Verwaltungsaufgaben auch auf Personen des Privatrechts zu übertragen.

II. *Stellungnahmen der Praxis zur Verfassungskonformität der ausgelagerten Rechtsetzung*

A. Das Parlament als “Hüter der Verfassung”²

1. Das Beispiel des STEG

Der Bundesrat schlägt in seiner Botschaft zum STEG (Beispiel H) ohne nähere Ausführungen zu verfassungsrechtlichen Aspekten vor, die Konkretisierung des allgemeinen Sicherheitsgrundsatzes im technischen Bereich den vorgängig generell dazu ermächtigten – gleichsam akkreditierten – “zuständigen” Fachorganisationen zu überlassen. Subsidiär könne die beratende Kommission dem zuständigen Departement vorschlagen, Sicherheitsregeln zu erlassen.³

Der Ständerat, häufig als “juristisches Gewissen der Bundesversammlung” bezeichnet, übernimmt diese Kompetenzauslagerung diskussionslos in seine Vorlage.⁴

Der Nationalrat schliesslich entscheidet sich im Anschluss an seine vorberatende Kommission zwar ebenfalls für eine Delegation an die Fachorganisationen, aber unter Vorbehalt einer speziellen departementalen Genehmigung der einzelnen Erlasse; die nationalrätlichen Berichterstatter kommentieren, die Neuformulierung des betreffenden Artikels bringe keine materielle Änderung, was den verantwortlichen Bundesrat zu einem Einwand veranlasst: Der Generalsekretär der Bundesversammlung habe darauf aufmerksam gemacht, dass die bundes- bzw. ständerätliche Fassung mit ihrer Blankodelegation an die Fachorganisationen “der klaren Rechtsordnung” widerspreche;⁵ insofern enthalte der zur Diskussion stehende Artikel sehr wohl eine materielle Änderung gegenüber dem Entwurf.⁶

Die neue Formulierung (Fassung NR) wird Gesetz, indem sie ohne weitere Erörterungen im Rat, vom Ständerat in der Differenzbereinigung übernommen wird.⁷

2 H. HUBER (Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze: Einführung der abstrakten Normenkontrolle? NZZ vom 14. November 1979) bezeichnet das Konzept des Parlaments (oder auch Bundesrats) als “Hüter der Verfassung” als eine Fiktion: Tatsächlich zuständig sei ein Verwaltungsbeamter.

3 BOTSCHAFT STEG, 857 (zu Art. 4 Abs. 1) und 862 (unter dem Titel “Verfassungsmässigkeit” werden nur die Kompetenzartikel erwähnt).

4 Amtl.Bull. SR 1975, 715. Nach FORRER, STEG, 83 Anm. 39, meldete die ständerätliche Kommission Bedenken an, die in der Ratsdebatte aber nicht mehr auftauchen.

5 Nach KNAPP, Collaboration, 368, stösst man mit einer solchen Delegation an eine der beiden klaren Schranken von privaten Regelungsbefugnissen (vgl. auch hinten § 13 II B); zur “Anerkennung” Privater instruktiv seine Ausführungen S. 381 f.

6 Amtl.Bull. NR 1976, 120.

7 Amtl.Bull. SR 1976, 101.

2. Würdigung

Wie dieses zur Illustration gewählte Beispiel aus jüngerer Zeit zeigt, hat die Auslagerung von Rechtsetzungskompetenzen bei den politischen Behörden kaum Fragen grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Natur aufgeworfen.⁸ Bei der Vorbereitung der Vorlage scheinen denn auch praktische Probleme im Vordergrund gestanden zu haben: Die Besonderheiten des Regelungsgegenstandes – vor allem die hohen Anforderungen an Spezialisierung und Flexibilität – liessen den Bundesrat ursprünglich von der “aufwendigen” Genehmigung der technischen Normen im Einzelfall Abstand nehmen⁹ und ein “rationelleres” Verfahren vorschlagen. Weder im Vernehmlassungs- noch im verwaltungsinternen Vorbereitungsverfahren scheinen bedenkenswerte Einwände vorgebracht worden zu sein.¹⁰

Das Parlament, gemäss herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Auslegung von Art. 113 Abs. 3 BV allein verantwortlich für die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen,¹¹ rückte zwar von einer Fassung ab, die “der klaren Rechtsordnung widerspreche”; es verankerte aber mit seiner Delegation dennoch ein ausserordentliches Ordnungsverfahren, wenn auch ein weniger aussergewöhnliches als ursprünglich geplant. Die Geltung dieser Regelung¹² bleibt davon verschont, infrage gestellt zu werden: Weil für das Bundesgericht die gesetzgeberischen Erlasse gemäss Art. 113 Abs. 3 BV “massgebend” sind, werden Bundesgesetze und Rechtssetzungsdelegationen, die in solchen enthalten sind,¹³ nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin kontrolliert.

Dass die Auslagerung von Rechtsetzungskompetenzen durch die Legislative öfters – und kaum problematisiert – angeordnet wurde und vom Bundesgericht nicht überprüft wird, heisst nicht, dass dadurch ihre Verfassungsmässigkeit bestätigt wäre. Die in Referendumserlassen vorkommenden Delegationen haben zwar einen unangefochtenen Bestand, doch erübrigt sich die Frage nach ihrer Verfassungskonformität deshalb nicht. Bevor diese Frage (§ 13 insbes. III.) grundsätzlich angegangen wird, soll ein Blick auf Stellungnahmen von Bundesgericht und Verwaltung geworfen werden.

8 Kritisch zur Verfassungsmässigkeit und zudem zur Praktikabilität der Subsidiaritätslösung des STEG: GRAUER, Verweisung, 188 f.; FORRER, STEG, 83 f., äussert sich kritisch nur zur Bundesratsversion.

9 BOTSCHAFT STEG, 857.

10 Vgl. zur Rolle des Vorverfahrens als Mittel der präventiven Verfassungskontrolle (als “Korrektiv” zur fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit) AUER, art. 113 al. 3 Cst., 126, und HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 509 f. Hinten § 14 III für die Rolle des Genehmigungsverfahrens bei ausgelagerter Rechtsetzung.

11 In BGE 106 Ib 182 ff. E. 5 bestätigt, wo sich das Bundesgericht von der sonst gestatteten Überprüfung einer Verordnung zurückhielt, “die mit einer gesetzlichen Regelung in einer verwandten Materie inhaltlich übereinstimmt” (ungleiches Pensionierungsalter für Mann und Frau), weil sonst “die Verantwortung der Bundesversammlung für die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen beeinträchtigt würde” (S. 190 f.). Übersicht über die Problematik bei AUER, art. 113 al. 3 Cst., und HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit. Für die Verwaltung: VPB 35. 95.

12 Wie im übrigen der meisten andern der erwähnten Fälle ausgelagerter Rechtsetzung (Näheres hinten § 13 II A).

13 Vgl. BGE 104 Ib 367; 101 Ib 73/74.

B. Bundesgericht und Verwaltungspraxis zu Delegationen an Private

1. Die Regelungsbefugnisse des SEV

a. *Der Bundesgerichtsentscheid*

In einem neueren Entscheid¹⁴ hatte der Kassationshof des Bundesgerichts zur Rechtmässigkeit der Regelungskompetenzen des SEV Stellung zu nehmen. Gerügt wurde die fehlende gesetzliche Grundlage der vom SEV erlassenen Bestimmungen über die Prüfpflicht und die Liste der prüfpflichtigen Materialien und Apparate (= SZR, Beispiel E): Delegationen von Rechtsetzungsbefugnissen an einen Verband durch Verordnung (Art. 121, 121bis und 121quater StStV) seien nicht zulässig und die Prüfungsvorschriften des SEV daher nicht verfassungsmässig. Das Bundesgericht geht von der in Art. 3 EIG enthaltenen weiten Verordnungskompetenz des Bundesrates aus und fragt nur, inwieweit die StStV geeignet ist, den Gesetzeszweck zu erreichen.¹⁵

„Insbesondere entspricht es dem Sinn der Delegationsnorm des Art. 3 EIG sowie Art. 21 EIG, das vom Gesetz als gefährlich betrachtete Material einer Prüfung durch ein fachlich ausgewiesenes Organ zu unterstellen, dabei die anerkannten Regeln der Technik, wie sie in den vom SEV herausgegebenen sicherheitstechnischen Vorschriften niedergelegt sind, zur Anwendung zu bringen und gleichzeitig das Starkstrominspektorat, welches vom SEV getragen wird, mit der Kontrolle zu befassen“ (267).

Aus den Materialien geht denn auch, wie das Bundesgericht erwähnt, hervor,¹⁶ dass der Bundesrat beabsichtigte, das bereits „in verdienstlicher Weise ins Leben gerufene“ Verbandsinspektorat mit der amtlichen Kontrolle zu betrauen;¹⁷ dieses amtiert seit 1903 als Eidgenössisches Starkstrominspektorat. Das Bundesgericht argumentiert nun, die Kontrollaufgaben des vom Bundesrat bezeichneten Inspektorats seien umfassend und dieses habe zu beurteilen, welche Massnahmen zur Durchführung der Kontrolle notwendig sind:

14 BGE 105 IV 264 ff. Wo er in diesem Abschnitt erwähnt wird, werden nur noch die Seitenzahlen angegeben (in Klammern im Text).

15 Die Delegation von Art. 3 EIG ist „nicht zu beanstanden, da (sie) durch die BV nicht untersagt wird und sie hier auf eine bestimmte Materie beschränkt ist.“ Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 EIG: „Der Bundesrat wird die erforderlichen Vorschriften aufstellen zu tunlichster Vermeidung derjenigen Gefahren ...“ und von Art. 21: „Die Kontrolle über Ausführung der in Artikel 3 erwähnten Vorschriften wird übertragen ... einem vom Bundesrate zu bezeichnenden Inspektorat für Starkstromanlagen.“

16 Vgl. BOTSCHAFT EIG, 810; Amtl.Bull. NR 1900, 614 ff., und Amtl.Bull. SR 1901, 238 ff. (zum Teil mit Vorbehalten gegenüber dieser „Selbstkontrolle“: Voten NR DAVID und vor allem SR ISLER und SR RICHARD).

17 Ob dies im Gesetz zu verankern sei – auch zur Beruhigung der Privatinteressen – wurde vor allem im Ständerat ausführlich diskutiert. Dazu Bundesrat ZEMP: „Aber im Bundesrate konnte man sich nicht damit befreunden, in dem Bundesgesetze einem privaten Verein solche wichtigen Funktionen ausdrücklich zuzuweisen. Wir fanden, das schicke sich nicht ...“ und zur bundesrätlichen Lösung: „(sie) hat den Vorzug, dass wir nicht über einen Verein und für einen Verein legitimieren.“ Amtl.Bull. SR 1901, 260.

“Wenn der Bundesrat den SEV ermächtigt hat, die erforderlichen Kontrollmassnahmen in einem Reglement mit einem Verzeichnis der prüfpflichtigen Materialien und Apparate zu umschreiben, so ist er im Rahmen der in Art. 21 Ziff. 3 EIG enthaltenen Befugnis zur Weiterdelegation geblieben. Die reglementarische Ordnung des Kontrollverfahrens erscheint als ein zur Erreichung des gesetzlichen Zweckes geeignetes und notwendiges Mittel, wird also durch den weitgefassten gesetzlichen Kontrollauftrag gedeckt” (268).

Die Subdelegation sei also zulässig und das SZR rechtsverbindlich.

b. Würdigung

Dieses Urteil ist unter verschiedenen Gesichtspunkten unbefriedigend.¹⁸ Das mag u.a. darauf zurückzuführen sein, dass sich das Bundesgericht im Rahmen einer Kassationsbeschwerde zu grundlegenden, sich seit kurzem in neuem Licht zeigenden staats- und verwaltungsrechtlichen Problemen zu äussern hatte.¹⁹ So wurde die Übereinstimmung dieser Subdelegation mit den Regeln des RKG nicht näher untersucht.²⁰ Zudem hätte eigentlich die Frage, ob aufgrund der neueren Praxis zum Delegations- und Legalitätsproblem eine Rechtsetzungsdelegation in einer Verordnung genügend abgestützt sei,²¹ mindestens gestellt werden müssen. Vor allem aber darf m.E. auch bei einem “weitgefassten gesetzlichen Kontrollauftrag” (268) nicht ohne weiteres angenommen werden, dass die ausgelagerten Kompetenzen gleich noch die Festlegung der prüfpflichtigen Gegenstände und konkretisierten Sicherheitsziele umfassen: Von der “reglementarischen Ordnung des *Kontrollverfahrens*” (Hervorhebung durch U.B.) ist doch die Formulierung polizeirechtlicher Normen zu trennen.²² Wenn ein Verein – neben der Kontrolltätigkeit durch das von ihm gestellte Inspektorat – nicht nur die Verfahren zur Prüfung der Polizeimässigkeit definiert, sondern zusätzlich die materiellen Anforderungen selber,²³ so liegt in diesen privaten Händen die hoheitliche Gewalt – im Widerspruch zum Gewaltenteilungsprinzip – allzu stark konzentriert.

18 Vgl. auch das *obiter dictum* in VPB 41.110, S. 103: “Ob allerdings diese Delegation im Artikel 121quater über alle Zweifel erhaben ist, d.h. ob der Bundesrat diese Delegation, ohne seinerseits in einem Gesetz dazu formell ermächtigt worden zu sein, vornehmen konnte, verfassungsmässig und mit dem (RKG) vereinbar ist, kann dahingestellt bleiben.”

19 Dabei stützte sich der Kassationshof teilweise auf ein nicht publiziertes Urteil der verwaltungsrechtlichen Kammer in Sachen SEV aus dem Jahr 1975, also aus der Zeit vor Erlass des VwOG und der Praxisänderung ab BGE 103 Ia 369 ff. Vgl. auch BGE 94 I 628 ff.

20 Vorn § 9 II C.

21 BGE 104 Ia 310 ff. verlangt für wichtige Organisations- und Verfahrensbestimmungen wie die Bestimmung der zuständigen Behörde eine formellgesetzliche Grundlage.

22 Art. 21 EIG spricht denn auch von der Übertragung der “Kontrolle über Ausführung der in Artikel 3 erwähnten” (vom Bundesrat zu erlassenden) Vorschriften. Vgl. Anm. 15.

23 Zu dieser Gegenüberstellung instruktiv VPB 44.28 (Ziff. 1), vgl. auch vorn § 11 II B.

2. Die Regelungsbefugnisse des ZVSM

a. Die Stellungnahme der Verwaltung

Die Justizabteilung war vor mehreren Jahren aufgerufen, die Zulässigkeit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an den ZVSM²⁴ (Beispiel K) zu prüfen.²⁵ Sie stellte dabei zum einen fest, dass im Bereich der Landwirtschaft weder die allgemeine Subdelegationsregel des RKG (heute VwOG)²⁶ noch die speziellen, strengen Bestimmungen des LwG²⁷ “gewissenhaft befolgt worden sind. Der Druck der sogenannten ‘Anforderungen der Praktikabilität’ war offensichtlich hin und wieder stärker als die einschlägige Norm des geltenden Staatsrechtes” (246). Zum andern wird ausgeführt, mit der Genehmigung der “Anordnungen” des ZVSM durch das EVD näherte sich das Rechtsetzungsverfahren “bedenklich der verfassungsrechtlich unzulässigen Allgemeinverbindlicherklärung eines Verbandsbeschlusses” (246).²⁸ Art. 35 MB²⁹ scheine jedoch “die Ausdehnung des privaten oder öffentlichen Verbandsrechtes durch den Bundesrat auf alle Aussenseiter und damit dessen Ausweitung zu einem Erlass, der allgemein verpflichtende Normen enthält, ermöglichen zu wollen” (246/7): Aufgrund des Abs. 2 von Art. 35 MB soll der ZVSM nämlich für seinen Herrschaftsbereich statuieren und gemäss Abs. 3 der Bundesrat für die Aussenseiter Regeln aufstellen.³⁰ Ob nun der Bundesrat die Verbandsordnung inhaltlich identisch in seine besondere Verordnung übernimmt oder die ZVSM-Anordnungen direkt allgemein verbindlich erklärt, sei “kein wesentlicher Unterschied” (246).

b. Würdigung

Die Kompetenzzuweisung des Art. 35 MB erweckt einen äusserst zwiespältigen Eindruck: Eine volle, klare Delegation an den ZVSM enthält sie ebensowenig wie eine eindeutige, gesetzlich³¹ geschaffene Möglichkeit zur AVE von Verbandsbeschlüssen.

24 In Art. 9 Abs. 1 der V über die abgestufte Bezahlung der Verkehrsmilch nach Qualitätsmerkmalen (SR 916.351.2).

25 VPB 35.100. Stellen aus diesem Entscheid sind hier nur mit der Seitenzahl zitiert.

26 Formell-gesetzliche Grundlage für die Delegation an ausgelagerte Kompetenzträger; vgl. vorn § 9 II C.

27 Nach Art. 117 Abs. 2 LwG ist der Bundesrat allein für den Erlass der Ausführungsvorschriften zuständig, sofern das LwG keine Abweichung von dieser Regel vorsieht.

28 Zum Verschwimmen der Grenzen zwischen der AVE von Verbandsbeschlüssen und der direkten Regelung eines Bereichs durch den Staat (anhand der Berufsbildung) schon BOTSCHAFT WA I, 854, wo dann auf die wesentliche Unterscheidung im Verfahren hingewiesen wird.

29 Nicht-referendumpflichtiger Bundesbeschluss aufgrund von Art. 26 Abs. 1 LwG. Sanktioniert wohl durch Art. 59 Abs. 2 LwG.

30 So auch Art. 12 von SR 916.350.101 (Genehmigung jedoch durch das Departement).

31 Ob nicht-referendumpflichtige Bundesbeschlüsse als Parlamentsverordnungen (nach Art. 7 GVG) unter Art. 113 Abs. 3 BV fallen, hat das Bundesgericht noch nicht entscheiden müssen; vgl. dazu HALLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 506; GYGI, Rechtsprechung 1978, 173.

Die Justizabteilung dürfte die Absichten der Legislative, ausgedrückt gerade in ihren gewundenen Formulierungen, durchaus richtig interpretiert haben: trotz verfassungsrechtlicher Bedenken der materiellen Regelung durch den ZVSM einen Weg zu öffnen. In der Wirkung besteht tatsächlich kein Unterschied, ob eine gesonderte, gleich wie die ZVSM-Anordnungen lautende Verordnung für die Nicht-Verbandsmitglieder aufgestellt oder aber diese Verbandsnormen direkt mit der Genehmigung allgemeinverbindlich erklärt werden. Verfahrensmässig differieren die beiden Vorgehensweisen allerdings deutlich, indem Verordnungsentwürfe im Rahmen des Mitberichtsverfahrens der Bundeskanzlei und dem Bundesamt für Justiz vorgelegt werden,³² was für die Genehmigung von Erlassen, insbesondere wenn sie wie im Falle der ZVSM-Anordnungen durch das Departement erfolgt, nicht allgemein zutrifft. Darauf wird zurückzukommen sein.³³

3. Die Qualifikation des Lebensmittelbuchs

a. *Die Sicht des Bundesamtes für Justiz*

Kürzlich hatte sich das Bundesamt für Justiz zur rechtlichen Qualifikation des Lebensmittelbuches (LMB, Beispiel G) zu äussern.³⁴ Ausgangspunkt ist Art. 55 LMG. Danach stellt der Bundesrat "Bestimmungen auf über die anzuwendenden Untersuchungsmethoden und die Grundsätze in der Beurteilung der Untersuchungsobjekte." Dieses Auftrags entledigte sich der Bundesrat, indem er das teils von der zuständigen Fachorganisation, teils von der "Kommission zur ständigen Revision des Schweizerischen Lebensmittelbuches" ausgearbeitete Werk zur "amtlichen Sammlung der Untersuchungsmethoden" erklärte;³⁵ die konkreten polizeirechtlichen Anforderungen an die dem LMG unterliegenden Waren und Gegenstände sind dagegen in einer bundesrätlichen Verordnung formuliert.³⁶ Dieser Erlass ist auf dem ordentlichen Rechtsetzungsweg entstanden, während die AVE des privaten Normenwerkes "Lebensmittelbuch" "ein in mehrfacher Hinsicht unzulässiges Rechtsetzungsverfahren zur Erfüllung des Auftrags von Art. 55 LMG" (120) darstellt:³⁷ Der Bundesrat hätte die Bestimmungen selber aufstellen müssen (120); es fehlt an der gesetzlichen Grundlage für eine Subdelegation der Rechtsetzungsbefugnisse an die erwähnte Kommission (121); eine AVE privater Regelungen als ausserordentliches, als

32 RL-BRG und Ziff. 1 der RL-GT.

33 Hinten § 14 III A, B.

34 VPB 44.28, zitiert wie die vorangehenden Fälle.

35 Nach GIGER, Mitwirkung, 53, handelt es sich hier nicht um die AVE eines Verbandsbeschlusses: der Verein habe nur als Sachkundiger Vorschläge unterbreitet, über die der Bundesrat frei habe befinden können.

36 Nämlich in der LMV, aufgrund der Delegationsnorm von Art. 54 Abs. 1 LMG.

37 Zum Verbot der AVE von Verbandsbeschlüssen (technischen Normen) vgl. auch VPB 41.110, S. 104 f. (nachfolgend Ziff. 4).

Rechtsetzungsverfahren *sui generis* ist nur in den zwei von der BV erwähnten Bereichen (GAV und RMV) zulässig (120); auch durch Verweisung könnte dem privaten Normenwerk nicht Rechtsgeltung verschafft werden (121);³⁸ schliesslich würde ein solches allein durch offizielle Publikation in der AS oder einem Sonderorgan gemäss RKG nie Rechtssatzqualität erlangen.

Das Bundesamt kommt zum Schluss, das LMB dürfte nur, wenn es “von einem gesetzlich dazu ermächtigten Organ und nach den einschlägigen Vorschriften über die Erzeugung von Rechtsnormen der Verordnungsstufe erlassen” würde, offiziell – gemäss den Regeln des RKG – veröffentlicht werden. “Sachgerechter schiene jedoch, das LMB gar nicht in Erlassform zu kleiden”, sondern nur als rechtlich nicht verbindliche “Norm eines Fachverbandes ... zur Anwendung zu *empfehlen*” (122, Hervorhebung durch U. B.).

b. Würdigung

Dieser sorgfältigen Stellungnahme ist hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des heutigen LMB nichts hinzuzufügen; die Frage, ob der Bundesrat dem klaren Auftrag von Art. 55 LMG mittels Richtlinien oder Kreisschreiben an die Kantone (122) gerecht wird, kann hier offen bleiben.³⁹

4. Die Verweisung auf private Normenwerke

a. Die Beurteilung durch die Verwaltung

Mit verschiedenen Formen der Verweisung auf Verbandsnormen, samt ihrer Abgrenzung gegenüber ähnlichen Figuren, befasst sich VPB 41.110.⁴⁰ Hier soll vorerst das Fazit rekapituliert⁴¹ werden. “Die direkte (unmittelbare)⁴² Verweisung auf Verbandsnormen ist unzulässig”⁴³: Bei der statischen Verweisung sprechen die private Urheberschaft und die mangelnde offizielle Publikation der Verbandsregelungen gegen deren Rechtsnormenqualität; in der gleitenden, dynamischen Verweisung liegt

38 Nachfolgend Ziff. 4.

39 Zweifel sollen immerhin angemeldet werden; fraglich scheint mir auch, ob mit Richtlinien die entsprechenden Standards überhaupt allgemein durchgesetzt werden können.

40 Zitierweise analog den vorangehenden Fällen. Im Entscheid 107 Ib 125 ff. hat das Bundesgericht die Frage nach der Rechtsnatur von CARBURA-Richtlinien offengelassen.

41 Vgl. im übrigen vorn § 4 III.

42 Unter einer – zulässigen – indirekten (mittelbaren) Verweisung wird ein Bezug auf die “anerkannten Regeln der Technik” u.ä. verstanden, wobei Verbandsnormen nur die Funktion einer widerlegbaren Vermutung für die Erfüllung gesetzlicher Voraussetzungen versehen.

43 Vgl. dagegen die unkritische Haltung des Bundesgerichtes gegenüber den SEV-Vorschriften, BGE 105 IV 267 ff. (vorn Ziff. 1).

sogar eine Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an eine ausserstaatliche Stelle versteckt, wofür es aber einer gesetzlichen und vorgängig einer neuen Verfassungsgrundlage bedürfte (107). Die “Vorschriften” des SEV (Beispiel E), auf die sowohl in der StStV⁴⁴ wie im SZR verwiesen wird, sind ein direktes Verweisungsobjekt; eine formelle Rechtsetzungsdelegation liegt, anders als bezüglich des SZR, nicht vor (102). Es handelt sich bei diesen “Vorschriften” also nicht um Rechtsnormen.

b. Würdigung

Die rechtliche Bedeutung der SEV-“Vorschriften” wäre mit dieser Stellungnahme geklärt. Für die Adressaten des SZR dürfte allerdings nicht deutlich werden, dass den konkretisierenden “Vorschriften” keine verbindliche Wirkung zukommt – im Gegenteil: Nach Art. 4 Abs. 1 SZR dürfen elektrotechnische Erzeugnisse grundsätzlich erst in Verkehr gebracht werden, wenn die Typenprüfung ergeben hat, dass sie den einschlägigen “Vorschriften” entsprechen, und daraufhin die Bewilligung des Starkstrominspektorats erteilt worden ist; das Sicherheitszeichen ist praktisch nur zu erlangen, wenn die Anforderungen der “Vorschriften” zur Kenntnis genommen und erfüllt sind. Die “Vorschriften” selber sind der Genehmigung eines Bundesdepartementes unterstellt und damit offiziell “abgesegnet”; schliesslich stellt das SZR über das Entstehungsverfahren der “Vorschriften” detaillierte Bestimmungen auf, bei denen die Anlehnung an das staatliche Procedere der Gesetzgebung offensichtlich ist:⁴⁵ Schaffung von Legitimität durch Verfahren? Im Fall der SEV-“Vorschriften” fehlt für ein solches Vorgehen noch die gesetzliche Grundlage.⁴⁶

5. Die Stellung privater Organisationen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben

a. Die Stellungnahme der Verwaltung

In VPB 35.³⁴⁷ wird die Stellung privater Organisationen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit jener der Kantone verglichen. Für die Heranziehung der Kantone zum Gesetzesvollzug braucht es im Einzelfall keine spezielle Ermächtigung durch die Verfassung,⁴⁸ da der BV “gewiss in eminentem Ausmass und von Anbeginn an ein föderalistisches Ordnungs- und Organisationsprinzip zu Grunde liegt”. Anders

⁴⁴ Art. 120bis und 121 Abs. 2 StStV.

⁴⁵ Art. 7 Abs. 1 SZR (zitiert in Beispiel E).

⁴⁶ Dass es im übrigen positiv zu werten ist, zeigt hinten § 14 II.

⁴⁷ Alle Zitate befinden sich auf S. 28.

⁴⁸ AUBERT, Traité, Nr. 731 (auch zur Problematik bei ausschliesslichen Bundeskompetenzen).

sieht es für den Beizug Privater aus, denn die BV basiert nicht auf korporativen Prinzipien “im Sinne des dekonzentrierten Korporationenstaates”. Kompetenzdelegationen an private Organisationen müssen deshalb, als Ausnahme von der Regel, von der BV explizit eingeräumt werden: “Ohne ausdrückliche Statuierung ist keine Gesetzgebungshoheit des Bundes zur Delegation von Kompetenzen des Gesetzesvollzugs an intermediäre Sozialgebilde wie private Verbände und Institutionen anzunehmen.” Die Grundentscheidung kommt im Speziellen darin zum Ausdruck, dass Art. 102 BV in Ziff. 13 wohl die Aufsichtskompetenz des Bundesrats über die Tätigkeit der Kantone, nicht aber privater Organisationen im übertragenen Wirkungsbereich aufführt. Zudem spricht auch Art. 103 Abs. 2 BV bei der Delegation von Bundesratsgeschäften nur von verwaltungsinternen Möglichkeiten, von der Übertragung von Aufgaben an Departemente “oder ihnen untergeordnete Amtsstellen”. Aus dem allem ergibt sich, dass Organfunktionen privater Organisationen nur dort möglich sind, wo die Verfassung sie ausdrücklich erwähnt;⁴⁹ die entsprechenden Ermächtigungen sind in der BV abschliessend genannt.

b. Würdigung

Die Verwaltung formuliert damit eindeutig die Voraussetzung einer Auslagerung von Kompetenzen: Es braucht zur Delegation im einzelnen Fall eine Ermächtigung durch die Verfassung. Dagegen ist nicht klar ersichtlich, ob mit der Umschreibung “Delegation von Kompetenzen des *Gesetzes-Vollzugs*” (Hervorhebung durch U.B.) der Rahmen absichtlich so weit gesteckt wurde, dass er im Prinzip auch die gesetzeskonkretisierende Rechtsetzung umschliesst. In der kurzen Stellungnahme findet sich kein expliziter Hinweis auf die Formen, in denen zur Mitwirkung herangezogene Private beim “Gesetzesvollzug” beteiligt werden können oder sollen. Ob Verordnungen, die von “intermediären Sozialgebilden” erlassen werden, nicht erwähnt wurden, weil eine solche Möglichkeit gar nicht zur Diskussion stand oder weil sie im Gegenteil als selbstverständlich im “Gesetzesvollzug” enthalten gilt, bleibt vorerst offen. Die klare Ablehnung des Korporatismus und die in den andern Stellungnahmen betonte Ausnahmeposition des Rechtsetzungsverfahrens durch AVE von Verbandsbeschlüssen (Kollektivverträgen) lassen eher die engere Interpretation als richtig erscheinen. Anzuführen ist, dass das Bundesgericht, gebunden durch die Entscheide der Legislative, zwar die Verfassungsgrundlage jeweils nicht überprüft, aber in konstanter Praxis für die Delegation von staatlichen Befugnissen an Private eine gesetzliche Grundlage verlangt.⁵⁰

49 ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen, 24, ist anderer Meinung, ebenso KNAPP, Collaboration, 367.

50 Nachweise bei IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 157. Vgl. auch VPB 39.1, S. 3 f.

III. Ergebnis

Der Gesetzgeber hat, wie die Beispiele dieser Untersuchung zeigen, öfters konkretisierende Regelungen privaten Organisationen und Institutionen überlassen. Dabei spielten wohl "Anforderungen der Praktikabilität"⁵¹ eine grössere Rolle als verfassungsrechtliche Überlegungen.⁵² Diese Entscheidungen sind für die Regelungsadressaten mangels ausgebauter Verfassungsgerichtsbarkeit absolut bindend. Das Bundesgericht hat sich im Fall 105 IV 264 ff. gegenüber der Auslagerung von Rechtsetzungskompetenzen mit einer betont historischen, nicht durch das Kriterium der Verfassungskonformität relativierten Auslegung wenig skeptisch gezeigt und auch früher Verweisungen auf technische Normen nicht in Frage gestellt. Die Verwaltung äussert sich hingegen zurückhaltender, negativer: Rechtsetzung durch private Organisationen ist nach ihr einzig im besonderen Fall der AVE von Kollektivverträgen, wo sie die BV ausdrücklich vorsieht, zulässig; im übrigen ist Verordnungsgebung nur im ordentlichen staatlichen Verfahren möglich. Die Verwaltung schliesst deshalb die unmittelbare Verweisung auf Verbandsnormen als Verstoß gegen die Verfassung ebenso aus wie die Erfüllung von Rechtsetzungsaufträgen durch eine AVE von Verbandsregelungen. Allerdings passierte der Entwurf zum STEG, der eine geradezu extreme Form ausgelagerter Rechtsetzung vorsah, das verwaltungsinterne Mitberichtsverfahren, ohne dass verfassungsrechtliche Bedenken zu einer Überprüfung des aussergewöhnlichen Rechtsetzungsverfahrens veranlasst hätten.⁵³

51 VPB 35.100.

52 So wurde beispielsweise die Einführung der Möglichkeit zur AVE von RMV in erster Linie damit begründet, dass sich das Institut der AVE von GAV bewährt habe (vgl. Amtl. Bull. NR 1971 II 1272).

53 Die BOTSCHAFT STEG stammt aus dem Jahr 1975, die erwähnten Stellungnahmen der Verwaltung sind zum Teil jünger (VPB 41.110 betr. Verweisungen, 44.28 betr. LMB) und zum Teil älter (VPB 35.3 betr. ausgelagerter Vollzugskompetenzen und 35.100 betr. ZVSM-Regelungen).

§ 13 Versuch einer Bilanz: Voraussetzungen und Grenzen von Rechtsetzungsbefugnissen Privater

I. Ausgangspunkt

Aus den bisherigen Ausführungen lässt sich keine eindeutige Beurteilung der Rechtsetzungsbefugnisse Privater ablesen, im Gegenteil: Die Verwaltung wehrt sich in ihren Stellungnahmen gegen alle Formen privater Rechtsetzung ausser der AVE von Kollektivverträgen (Beispiel B); das Parlament beschliesst dagegen mit dem STEG (Beispiel H) ein Gesetz mit einer weitgehenden Rechtsetzungsdelegation an Fachorganisationen. Statt den "intermediären Gewalten" einen festen, abgesteckten Platz zuzuweisen, zieht der Verfassungsgeber im Einzelfall immer wieder ohne grundsätzliche Erwägungen Private zur Mitwirkung heran. Das Bundesgericht verlangt mit rechtsstaatlichen und demokratischen Argumenten, dass der Gesetzgeber wichtige Fragen selber entscheide und bei der Delegation das Wesentliche vorzeichne, doch deckt es selber das (explizit) nur auf einer weiten Delegation in einer Verordnung gründende SZR des SEV (der im Widerspruch zu gewaltenteiligen Vorstellungen gleichzeitig die Einhaltung eben jener Normen kontrolliert; Beispiel E).

Die Liste der Unklarheiten und Ungereimtheiten liesse sich verlängern. Es geht hier nicht darum, verschiedene Positionen gegeneinander auszuspielen; für den Versuch einer Bilanz ist es allerdings von Bedeutung, diese widersprüchliche Ausgangssituation klar zu sehen. Sie scheint mir nämlich eine Aussage zu enthalten, die als "Krankheits-Diagnose" wie auch als Auftrag zur Kenntnis zu nehmen ist und die auf die Einleitung¹ zurückweist: Die erhöhten Anforderungen an die Steuerungs- und damit Rechtsetzungstätigkeit des Staates werden *mit den herkömmlichen Verfahren nicht voll bewältigt*. Das politische wie wissenschaftliche Interesse an der Verteilung von Aufgaben und Entscheidungen auf die staatliche Organisation und den privaten Bereich haben vor allem zutage gefördert, wie stark die gegenseitige Abhängigkeit und Verflechtung ist, was sich in verschiedenen Formen von Zusammenwirken äussert. Damit wird auch die Frage provoziert, ob die beiden typischen Modi der Rechtserzeugung, die privatautonome Rechtsgestaltung und die öffentlich-politische Gesetzgebung, genügen. Das Augenmerk ist hier nur auf letztere gerichtet: Wie ist mit Abweichungen von den ordentlichen Zuständigkeiten und vom festgelegten Verfahren für Rechtsetzung umzugehen, mit denen Private in die Verteilung der staatlichen Regelungslast einbezogen und in neuen Formen der Kooperation verpflichtet werden?

-4

1 EINLEITUNG II B zur Entwicklung des Regelungsbedarfs.

II. Zu den gesetzlichen Grundlagen Privater Regelungsbefugnisse

A. Das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage

1. Im allgemeinen

Aus den verschiedenen Teilergebnissen der vorhergehenden Abschnitte kann eine klare Forderung an jede Rechtsetzungskompetenz Privater vorweg² formuliert werden: Sie braucht grundsätzlich mindestens eine formell-gesetzliche Basis, eine ausdrückliche Ermächtigungsnorm in einem referendumpflichtigen Erlass.

Dies ergibt sich aus der Subdelegationsregel des VwOG, nach der Verordnungen durch die den Departementen untergeordneten Verwaltungseinheiten nur erlassen werden können, wenn eine Ermächtigung der Legislative vorliegt. Wenn Private, die grundsätzlich keine staatliche Organfunktion wahrnehmen und nicht einmal in die Hierarchie der Verwaltung eingegliedert bzw. in den Verantwortungsbereich der Exekutive einbezogen sind, mit Rechtsetzungsaufgaben betraut werden, muss diese Regel a fortiori gelten.³

Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage folgt zudem aus der Praxis des Bundesgerichts, die eine solche für die Delegation von Verwaltungsaufgaben an Private⁴ und ganz allgemein für die "Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf einen ausserhalb des Staatswesens stehenden Rechtsträger"⁵ verlangt. Dabei wird nach neuer Praxis nicht mehr ein "Eingriff"⁶ zur Begründung des Legalitätserfordernisses herangezogen; nach der Ausdehnung des Gesetzmässigkeitsprinzips auf die Leistungsverwaltung wird nun mit Hinweis auf die Gewaltenteilung auch das Organisations- und Verfahrensrecht den Regeln des Verfassungsgebots der Legalität unterstellt.⁷

Betrachten wir die Frage nach der Voraussetzung von Rechtsetzungsbefugnissen Privater auf dem Hintergrund der wissenschaftlichen Diskussion um die "Gesetzesdelegation",⁸ so erscheint es ebenfalls richtig, jeweils mindestens eine einzelgesetzliche Ermächtigung zu verlangen: Die Privaten haben anders als der Bundesrat keinen eigenen, verfassungsmässig zugewiesenen hoheitlichen Wirkungs- bzw. Regelungsbereich; sie sind nicht grundsätzlich in die Verteilung der Regelungslast einbezogen. Es kann also keine Rede davon sein, dass für Rechtsetzungsaufgaben Privater

² Es rechtfertigt sich wegen Art. 113 Abs. 3 BV diese Forderung an erster Stelle zu nennen, noch bevor die Verfassungsmässigkeit untersucht wird.

³ Vorn § 9 II C.

⁴ IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 157 B II. BGE 100 Ia 70, 177.

⁵ BGE 104 Ia 440 ff. So auch GRISEL, Droit administratif, 166; KNAPP, Précis, 300, und KNAPP, Collaboration, 379; VPB 35.3.

⁶ Vorn § 9 II B.

⁷ Zur Bedeutung dieser Praxisänderung, insbesondere für das Wirtschafts- und Sozialrecht, vgl. LINDER, Legalität, I F, insbesondere 3. b/e.

⁸ Vorn § 9 II A.

eine Delegation überflüssig wäre, weil nur “wenig wichtige” Materien betroffen sind.⁹

2. Technische Rechtsetzung im besonderen

KNAPP¹⁰ will allerdings differenzieren und von der Forderung nach einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsnorm abweichen, wo “il s’agisse bien de règles relevant de la technique scientifique (non de la technique juridique, fiscale, comptable, etc.)” – sofern der Stand der Technik klar ist: Wo Private beauftragt werden, technische Regeln zu erlassen (Beispiel E, SEV) oder ihre Normen staatlich genehmigen lassen können (Beispiel H, STEG), geht nach seiner Ansicht ein generelles Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage zu weit. Denn solche Regeln “ne laissent que peu de latitude d’appréciation à celui qui les édicte, s’il veut et doit reproduire le dernier état des connaissances, par exemple en matière de sécurité des matériaux ou de risques de pollution.” Sie müssten – ob sie der Staat oder die privaten Spezialisten erlassen – identisch herauskommen.

KNAPPS Differenzierung scheint mir zwar logisch, aber nicht sehr praktikabel.¹¹ Zum einen verlangt beispielsweise das STEG nicht die Erfüllung von Sicherheitsanforderungen gemäss dem “neuesten Stand der Kenntnisse”; dieser wäre allenfalls neutral feststellbar. Mit den “anerkannten Regeln der Technik” (Art. 3 STEG) oder andern gängigen Formeln¹² sind jedoch häufig umstrittene wirtschaftliche, soziale, politische usw. Fragen und Wertentscheidungen verbunden. Dies zeigte sich beispielsweise in der Diskussion um die Gebäudeisolationsnormen¹³ oder Abgasvorschriften.¹⁴ Die “Machbarkeit” stellt kein absolutes Mass dar, ist aber meist das politische Ziel. – Zum andern müsste bei einer solchen Differenzierung in jedem Fall zum voraus abgeklärt werden, ob der Stand der Technik genügend gewiss sei, um eine technische Norm ohne gesetzliche Grundlage allgemeinverbindlich zu erklären. Es dürfte im übrigen häufig der Fall sein, dass sich eine zwingende Regelung gerade wegen un-

9 Vgl. vorn § 9 II A. die Auseinandersetzung mit G. MÜLLERS Argumentation bezüglich des Verhältnisses von Legislative und Exekutive unter dem Gesichtspunkt der “Wichtigkeit” des Regelungsgegenstandes.

10 KNAPP, Collaboration, 380 f.

11 Und vielleicht auch nicht relevant (vgl. Anm. 15). Gewisse Delegationen sollen also – wohl de lege ferenda, vgl. Art. 7 Abs. 5 VwOG – nur einer Verordnungsbasis bedürfen.

12 Für Bundesgerichts-Stellungnahmen vgl. FORRER, STEG, 34 f.; für Beispiele vgl. GRAUER, Verweisung, 167 ff., und für die verschiedenen Bedeutungen im Detail den Aufsatz von REDEKER in TECHNISCHE NORMUNG, insbes. 21 ff., oder HANNO WOLFENBERGER, Die anerkannten Regeln der Technik (“Baukunst”) als Rechtsbegriff im öffentlichen Recht, Bremer Diss., erschienen als Heft 11 der DIN-Normungskunde, Berlin/Köln 1978.

13 Beispiel A. Neben wirtschaftlichen Problemen sind u.a. auch solche der hintennachhinkenden Aus- bzw. Fort- und Weiterbildung von Bedeutung. Allgemein: G. SCHMID, Gesetzesvorbehalt im Umweltschutzrecht, 184 f.

14 Dazu eindrücklich die Untersuchung von ACKERMANN, Verordnungsrechtssetzung, insbes. 218 ff.

– Beispiel E

Die Rechtsetzungsbefugnis des SEV für das SZR gründet explizit nur auf einer Verordnungsbestimmung (Art. 121quater StStV); eine gesetzliche Ermächtigungsnorm fehlt.¹⁷ Ebenso problematisch ist die Gleichsetzung der “anerkannten Regeln der Technik” mit SEV-“Vorschriften”¹⁸ (in den Art. 120bis und 121 Abs. 2 StStV sowie in Art. 2 Abs. 2 von SR 734.1).

– Beispiel G

Bezüglich der fehlenden gesetzlichen Grundlage für das LMB als Verordnung kann auf vorn Gesagtes¹⁹ verwiesen werden.

– Beispiel K

Art. 35 MB scheint wohl eine Regelungskompetenz des ZVSM begründen zu wollen, wie in VPB 35.100²⁰ ausgeführt. Die unklare Formulierung ist jedoch eine unglückliche Lösung, die zudem nur in einem nichtreferendumpflichtigen Erlass der Bundesversammlung enthalten ist. Das LwG selber sieht allerdings in Form einer Kann-Vorschrift die Möglichkeit vor, Verbandsnormen allgemeinverbindlich zu erklären.²¹ Eine klare Delegation im MB hätte demnach wohl eine formell-gesetzliche Basis.

B. Zum Mass gesetzlicher Vorzeichnung

1. Die “Richtlinien” des Bundesgerichts

Aus dem Legalitätsprinzip fliesst nach der neueren Bundesgerichtspraxis nicht nur²² die Forderung nach einer formell-gesetzlichen Ermächtigungsnorm für ausgelagerte Rechtsetzung. Im Zusammenhang mit Delegationen stellen sich, wie das Gericht im Grundsatzentscheid WÄFFLER²³ ausführt, weitere verfassungsrechtliche Probleme, “die noch längst nicht gelöst” sind; sie “gipfeln in der Frage, wieweit der Gesetzgeber die Regelung der Materie in der Delegationsnorm noch selbst vorzubestimmen hat” (381). Eine allgemein gültige Beantwortung dieser Frage sei nicht möglich:

“Sie hängt nicht nur von der Natur der Materie ab, die Gegenstand der Delegation bildet, und ihrer Eignung, sie im voraus in generell-abstrakte Rechtsnormen zu fassen, sondern auch davon, welches Gewicht den Erfordernissen, die sich aus den verfassungsmässigen Grundsätzen der Ge-

17 Vgl. die Ausführungen vorn § 12 II B 1 b.

18 Vorn § 12 II B 4 b.

19 Vorn § 12 II B 3 b.

20 Vorn § 12 II B 2 a.

21 Art. 59 Abs. 2 LwG ist ähnlich indirekt wie Art. 35 MB: “Der Bundesrat kann das Inverkehrbringen von Milch und Milchprodukten untersagen, die in Missachtung der amtlichen oder durch Berufsverbände und Fachorganisationen aufgestellten, vom Bund genehmigten qualitätsfördernden Vorschriften gewonnen oder hergestellt werden.”

22 Zur Bundesgerichtspraxis bezüglich Gesetzesdelegation und gesetzgeberischer Vorzeichnung grundsätzlich LINDER, Legalität, I E 2.

23 BGE 103 Ia 369 ff., im folgenden nur mit Seitenzahlen zitiert.

waltenteilung, der demokratischen Staatsform und der Rechtsstaatlichkeit ergeben, im betreffenden Gebiet beizumessen ist. Aber auch praktische Bedürfnisse, wie das einwandfreie Funktionieren der staatlichen Institutionen, die Förderung des Fortschritts und die Möglichkeit, bei Bedarf geeignete Verwaltungsmassnahmen sofort zu treffen und sie bei veränderter Situation anzupassen, sind zu berücksichtigen.

Es geht somit um eine Wertung, die darnach ausgerichtet sein muss, das Wesentliche vom weniger Wesentlichen zu unterscheiden, und die, unter Berücksichtigung aller Elemente und unter Ausgleich sich widerstrebender Interessen, zu einer gewissen Auswahl führen muss. Diese Wertung obliegt zunächst den gesetzgebenden Organen – dem Parlament und dem Volk. Bei dieser Aufgabe hat ihnen der Verfassungsrichter – auch dort, wo er nicht durch Art. 113 BV in seiner Überprüfungsbefugnis beschränkt ist – gerade im Hinblick auf das Gewaltentrennungsprinzip und die demokratische Staatsauffassung einen breiten Gestaltungsspielraum zu belassen. Richtlinien hierfür können nur in Form von allgemeinen Hinweisen aufgestellt werden“ (381/82).

Das Bundesgericht formuliert anschliessend solche allgemeinen Hinweise, von denen hier drei Punkte herausgegriffen seien:

- Eine eingeschränkte Anwendung des Legalitätsprinzips kann im Bereich der Abgaben – im übrigen traditionell mit besonderer Aufmerksamkeit bedacht – in Frage kommen,²⁴ wo andere verfassungsrechtliche Grundsätze dem Richter “eine wirksame Kontrolle der erhobenen Abgaben ermöglichen, so zum Beispiel auf dem Gebiet einiger ... Kausalabgaben und u.U. von Abgaben, die nach vorwiegend technischen Gesichtspunkten zu berechnen und erheben sind (Tarife usw.)” (382, E. 6c).
- Wo bei der Regelung einer Materie mehrere verfassungsmässige Lösungen in Frage kommen, soll der Gesetzgeber in der Regel selber die Wahl der Lösung treffen und ihre Grundzüge bestimmen (383, E. 6d). Allerdings sind die Anforderungen nicht zu hoch zu schrauben, “wenn zur Regelung einer Materie zwar verschiedene Wege offenstehen, aber nicht oder nur mit Mühe vorausgesehen werden kann, welcher Weg einzuschlagen ist, um der konkreten Situation am besten zu entsprechen”, oder wenn der Gesetzgeber zur Formulierung der Delegationsnorm Einzelheiten abklären müsste, die ihn überforderten (383/4, E. 6f).^{25, 26}
- Geringere Ansprüche an die gesetzgeberische Vorzeichnung sind auch möglich, “wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse, die der zu regelnden Materie zugrunde liegen, rasch ändern könnten, was eine unverzügliche und möglicherweise häufige Anpassung der rechtlichen Ordnung notwendig machen würde”, oder wenn durch gesetzliche Fixierung Koordinationsbestrebungen behindert würden (384, E. 6g).

24 Zweifel an der Richtigkeit dieser Entwicklung der Rechtsprechung meldet GYGI, Rechtsprechung 1977, 198, an.

25 “Andererseits aber darf die Delegationsnorm auch nicht einfach deshalb inhaltlich unbestimmt sein, weil sich der Gesetzgeber nicht die Mühe nehmen will, entsprechende Vorstellungen zu entwickeln, oder weil er fürchtet, eine Präzisierung in bestimmter Richtung könnte deren Annahme durch das Volk in Frage stellen.” (384).

26 Im Ganzen scheint das Bundesgericht doch strengere Anforderungen zu stellen als FLEINER, Delegation, 133, der bei mehreren vertretbaren Konkretisierungen die Grenzen (erst) dort sieht, wo “diese Konkretisierungen so weit auseinanderliegen, dass den Betroffenen nicht zugemutet werden kann, sich mit der einen oder anderen Interpretation abzufinden” (zu hoher Unsicherheitsgrad).

2. Anwendung auf die ausgelagerte Rechtsetzung

Überträgt man die Richtlinien des Bundesgerichts auf die hier behandelten Erlasse, brauchen im allgemeinen keine strengen Anforderungen an die Vorzeichnung durch den Gesetzgeber (und allenfalls die Verordnungen der Exekutive) gestellt zu werden. So müssten wohl tatsächlich in einem den Gesetzgeber überfordernden Mass Einzelheiten abgeklärt werden (E. 6f), wenn beispielsweise für die Berufsbildungsreglemente (Beispiel D) die wichtigsten inhaltlichen Fragen in der Ermächtigungsnorm vorgezeichnet würden. Man beschränkte sich daher auf eine sehr allgemeine Formulierung der Zulassungsbedingungen sowie Zielbestimmungen und einzelne Organisations- und Verfahrensnormen im Gesetz.²⁷ Die sehr differierenden Verhältnisse in den einzelnen Tätigkeitsbereichen liessen nicht einmal in der Verordnung zu, mehr als die Punkte aufzulisten, die von den Reglementen zu ordnen sind.²⁸

Ähnlich unbestimmt bleibt die gesetzgeberische Vorzeichnung im STEG (Beispiel H).²⁹ Den allgemeinen Grundsatz – Art. 3 besagt: “Die technischen Einrichtungen und Geräte müssen hinsichtlich Sicherheit den anerkannten Regeln der Technik entsprechen und so beschaffen sein, dass bei ihrer bestimmungsgemässen Verwendung und bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt Leben und Gesundheit nicht gefährdet werden” – durch konkretere inhaltliche Richtlinien zu ergänzen, wäre allerdings nur beschränkt sinnvoll. Es dürfte sich hier geradezu in exemplarischer Weise um einen jener Bereiche handeln, die das Bundesgericht bei seinen Erwägungen 6f und 6g im Auge hatte: nämlich um einen Bereich grosser Spezialisierung und mit rasch ändernden Verhältnissen.

Die beiden Beispiele der Rechtsetzung in Form von Tarifen – für die Urheberrechtsverwertung (Beispiel C) und die MHV (Beispiel F) – passen weniger gut ins Schema des Bundesgerichts: Das URVG enthält für die Grundsätze der Tarifierung keine Richtlinien, obwohl es nicht um Kausalabgaben oder sich nach technischen Gesichtspunkten richtende Abgaben geht. Dagegen wurden für die MHV die massgebenden Kriterien – allerdings “nur” auf Verordnungsstufe – für die Tarifberechnung detailliert festgehalten,³⁰ obwohl es sich hier um eine (versicherungs)technische Materie handelt.

27 Art. 51 BBG: Arten der Prüfung/Art. 52: Zweck/Art. 53: Zulassung/Art. 54: Aufsicht des Bundes/Art. 55: Fachausweis und Diplom/Art. 56: Titel/Art. 57: Wiederholung der Prüfung.

28 Nämlich gemäss Art. 45 BBV: die Zusammensetzung der Prüfungskommission; die Zulassungsbedingungen; das Anmeldeverfahren; die Prüfungsfächer, den Prüfungsstoff und die Art und Dauer der Prüfung in den einzelnen Fächern; die Notengebung; die Bedingungen für das Bestehen der Prüfung; den Titel für die Absolventen der Prüfung; die Deckung der Prüfungskosten.

29 Kritisiert von FORRER, STEG, 81 f. Vor allem problematisch erscheint mir aber der Bezug der Art. 3 und 4 des STEG, weil dadurch die Praxis zur Verantwortung bei Gefahrensituationen ins Wanken gebracht wird; vgl. dazu ein Urteil des Kassationshofes vom 22. April 1981 (Regeln der Baukunst).

30 Vgl. VMHV und VINK.

3. Besondere Problematik bei der ausgelagerten Rechtsetzung

Die "allgemeinen Hinweise" des Bundesgerichts sind getragen vom Bemühen, den Geltungsbereich des Legalitätsprinzips zwar auszudehnen, aber mit einer gewissen Relativierung in der Anwendung die begrenzte Regelungsfähigkeit der Legislative zu berücksichtigen. "Das darf allerdings nicht dazu führen, dass die Komplexität neuer Regelungsmaterien und die beschränkten Regelungsfähigkeiten des Gesetzgebers schlechthin erlauben, zur Gesetzesdelegation, zur Subdelegation, zur Auslagerung an Private zu greifen *und dabei* (Hervorhebung durch U.B.) die Anforderungen an die Vorzeichnung herabzusetzen",³¹ mahnt LINDER. Er besteht darauf, dass ein erhebliches rechtsstaatliches Interesse verlange, auch in komplexen Regelungsmaterien und trotz grosser praktischer Schwierigkeiten durch gesetzmässige Vorzeichnung der Regelungsfreiheit nachgeordneter Rechtsetzer Schranken zu ziehen. Ausführungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts machen in diesem Sinn die Problematik ausgelagerter Rechtsetzung und die korrigierende Funktion des Legalitätsprinzips deutlich:

"Der (Gesetzgeber) muss dabei jedoch berücksichtigen, dass die Rechtsetzung durch Berufsverbände spezifische Gefahren für die Betroffenen und für die Allgemeinheit mit sich bringen kann. Zum Nachteil der Berufsanfänger und Aussenseiter kann sie ein Übergewicht von Verbandsorganen oder ein verengtes Standesdenken begünstigen, das notwendigen Veränderungen und Auflockerungen festgefügtter Berufsbilder hinderlich ist. Solchen Gefahren, die der Freiheit des Einzelnen durch die Macht gesellschaftlicher Gruppen drohen, vorzubeugen und die Interessen von Minderheiten und zugleich der Allgemeinheit zu wahren, gehört mit zu den Funktionen des Gesetzesvorbehalts."

"Die Gefahr, dass (gemeint ist: Im Falle der Regelung des Facharztwesens durch Berufsordnungen) auch sachfremde berufspolitische Erwägungen sich gegen die Interessen der Allgemeinheit durchsetzen und zu Lösungen führen, die gesundheitspolitisch nicht verantwortet werden können, ist nicht von der Hand zu weisen. Ihr kann nur der Gesetzgeber steuern, dem es obliegt, die Entwicklung auf dem Gesamtgebiet der Medizin zu beobachten, die sich hieraus u.U. auch für die Struktur der Heilberufe ergebenden Folgerungen zu erkennen und die danach erforderlichen Massnahmen gegebenenfalls auch gegen widerstrebende Gruppeninteressen durchzuführen ..."³²

Gemäss dem Bundesverfassungsgericht kommen also dem Gesetzgeber und dem Gesetz bei der Wahrung des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen die zentrale Stellung und eine unverzichtbare Aufgabe zu. Wie aber kann dafür gesorgt werden, dass diese Funktion ernsthaft ausgefüllt wird, wenn gerade die Schwierigkeiten bei der gesetzlichen Regelung Anlass waren, Rechtsetzungskompetenzen auszulagern?

Die Antwort ist m.E. auf zwei Ebenen zu finden. Zum einen dürften in einem solchen Fall die Anforderungen an die Vorzeichnung nicht, wie im Entscheid WÄFFLER angedeutet, wegen der Technizität von Regelungen, Flexibilitätserfordernissen usw. herabgesetzt werden. Bei der gerichtlichen Normenkontrolle sollte im Gegenteil der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Konkretisierung des Gesetzes nicht der Exekutive, sondern Privaten überlassen bleibt: An die gesetzgebe-

31 LINDER, Legalität, III. Vgl. auch das Bundesgericht, vorn Anm. 25.

32 BVerfGE 33, 125 ff., insbes. 159 f. und 162 f. (zitiert nach SCHUPPERT, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, 338).

rische Vorzeichnung wären daher relativ höhere Ansprüche zu stellen;³³ Erlasse Privater sollten zudem nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür – weil der Gesetzgeber hier einen “Ermessensspielraum” offen gelassen habe³⁴ – überprüft werden, sondern einer Rechtskontrolle unterworfen werden.³⁵

Zum andern – und darauf sollte besonderes Gewicht gelegt werden – wären vom Gesetzgeber neben inhaltlich aussagekräftigen Delegationsnormen auch organisatorische und verfahrensrechtliche Bestimmungen³⁶ aufzustellen. Diese sollten den Prozess der Inhaltgebung regeln und für die staatlichen Behörden der besonderen Situation angepasste Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten zur Wahrung allgemeiner Interessen schaffen. Dieser Punkt wird hinten in § 14 eingehender ausgeführt.

III. Verfassungsgrundlagen und Verfassungsmässigkeit von Rechtsetzungsbefugnissen Privater

A. Das Erfordernis spezieller Verfassungsermächtigung

1. Im allgemeinen

Das schweizerische Verfassungsgebäude lässt trotz mannigfacher Änderungen und Zufügungen den Grundriss einer liberalen, individualistischen Staatskonzeption erkennen: Dem Staat steht die Gesellschaft bzw. der einzelne – oder: ein privater Bereich – gegenüber, und durch die Abgrenzung von Entscheidungssphären sowie über die Verankerung von Rechten und Pflichten sollen die Voraussetzungen zur Verwirklichung von Gerechtigkeit und Freiheit des einzelnen geschaffen werden. Den sogenannten “intermediären Gewalten” kommt in einem solchen System im Prinzip keine öffentliche Aufgabe zu. Diesem Grundriss wurden allerdings im Laufe der Zeit mit dem Wachsen und Wandel der Staatsaufgaben verschiedene Bereiche mit Zuständigkeiten privater Organisationen zugefügt: Eine Reihe von Bestimmungen sieht die Mitwirkung der “zuständigen Organisationen” beim Vollzug vor (der, wie gezeigt, auch beschränkte Regelungsaufgaben umfassen kann),³⁷ und zwei Artikel statuieren mit der AVE von Gesamtverträgen explizit eine Rechtsetzungsbefugnis von Verbänden.³⁸

33 Dies soll durchaus in Kombination mit Verordnungen der Exekutive eingelöst werden können, wie im Beispiel der MHV-Tarife (Beispiel F).

34 Zur Problematik dieser Argumentation GYGI, Rechtsprechung 1978, 174, mit Bezugnahme auf WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, 175 ff.

35 So auch, vor allem für das Wirtschaftsverwaltungsrecht, GYGI, Rechtsprechung 1978, 174 f., sowie generell LINDER, Legalität, I F 3 d.

36 In diesem Sinne würde wohl auch WILDHABER plädieren, der für Situationen, wo “sozial mächtige Gruppen” dekretieren, verlangte, dass “als Korrelat ein gesetzesähnlicher Entstehungsprozess mit einem entsprechenden Grad an Öffentlichkeit und Repräsentativität wie bei der Gesetzgebung” vorgesehen wird (Vertrag und Gesetz, 133).

Ähnlich J.P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, 798 ff., und RUCH, Sachkunde, 214.

37 Vorn § 11 II.

38 Vorn § 11 III.

Einen Markstein in dieser Entwicklung stellt das in der Revision von 1947 festgehaltene Resultat der Diskussion um die Wirtschaftsartikel dar: Die Vorstellungen von einer fundamentalen Neuorganisation des Staates nach berufsständischen, "korporatistischen" Prinzipien,³⁹ die eine zweite Dezentalisierungsvariante neben die herkömmliche föderalistische stellten, vermochten sich nicht durchzusetzen. Allerdings mussten zur Bewältigung der anstehenden Probleme und Aufgaben doch private Organisationen herangezogen und in die hoheitliche Gewalt eingeschlossen werden. Statt einen Grundsatzentscheid zugunsten von Organkompetenzen privater Organisationen zu fällen, öffnete der Verfassungsgeber, in pragmatischer Art und ohne die weitere Entwicklung vorwegnehmen oder direkt steuern zu wollen, den Weg dafür, Private bei Bedarf an der Regelungslast zu beteiligen. Das bedeutet, dass – anders als bei der Exekutive oder den Kantonen – für jede Rechtsetzungskompetenz⁴⁰ privater Organisationen eine spezielle Verfassungsgrundlage, heute in einer der beiden bereits behandelten Formen, gegeben sein müsste.

Die durch die Annahme der Wirtschaftsartikel markierte, durchaus nicht auf die Schweiz beschränkte Entwicklung zum Wirtschafts- und Sozialstaat bzw. zum Interventions- und Leistungsstaat hat uns eine fast unüberblickbare, kaum mehr systematisierbare Vielfalt an Kooperationsformen⁴¹ beschert, die sich zum Teil nicht recht ins rechtsstaatlich-demokratische Verfassungssystem einpassen lassen. Dazu gehören auch die vereinzelt Fälle ausgelagerter Rechtsetzung. Der Verfassungs- oder Gesetzgeber dürfte allerdings seiner Überlastung nicht länger entgegenzuwirken versuchen, indem er sich aufdrängende Aufgaben zwar übernimmt, aber gleichzeitig zu einem kleineren oder grösseren Teil der Regelung durch private Organisationen überlässt.

Wir stehen heute an einem Punkt, wo zur Bewältigung des vielfältigen Regelungsbedarfs neue Wege gesucht werden sollten. Weniger das Prinzip des Zusammenwirkens bzw. des Teilens von Verantwortung an sich⁴² erscheint mir problematisch als die unreflektiert-pragmatische Art, mit der Private für Rechtsetzungsaufgaben beigegeben werden und wie sie sich etwa beim STEG (Beispiel H) manifestiert.⁴³

Hier hätten sich nämlich grundsätzliche Fragen gestellt. Wie mehrmals betont, sind gerade auch mit Sicherheitsnormen nicht nur technische Probleme und Ent-

39 Vorn § 11 III. A.

40 Ob dasselbe für Verwaltungskompetenzen gilt, kann hier offen bleiben. KNAPP, *Collaboration*, 367, kommt in diesem Fall zum Schluss: "une pratique aussi largement admise et depuis si longtemps doit être considérée comme une coutume ... limitée par le fait que l'appel aux privés ne saurait être systématique mais doit être justifié de cas en cas par des motifs d'opportunité, tels ..."

41 Einen Eindruck von der Vielfalt vermitteln ACKERMANN/STEINMANN, *Verflechtung*; GIGER, *Mitwirkung*; P.R. MÜLLER, *Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts*; SCHUPPERT, *Verselbständigte Verwaltungseinheiten*.

42 EICHENBERGER, *Rechtssetzungsfunktion*, ist darin zuzustimmen, dass die Rechtsetzungsfunktion nicht die Vereinigung aller Rechtsetzung beim Gesetzgeber verlangt (21) und die Rechtsetzungsfunktion für intermediäre Gewalten zu öffnen ist (23).

43 Vorn § 12 II A. Andererseits haben Gesetzgebung und Praxis im Laufe der Jahre besondere Institutionen geschaffen und Prinzipien herausgearbeitet, die *Verwaltungstätigkeiten* von Privaten rechtlich stärker einbinden. Vgl. etwa GRISEL, *Droit administratif*, 143 ff., oder MEYLAN, *Accomplissement*, 451 ff.

scheidungen verbunden, sondern unter Umständen eminent politische: Wie Sicherheit erreicht werden soll, ist nicht durchwegs eine "technisch neutral" beantwortbare Frage, sondern auch abhängig davon, wieviel Sicherheit wir uns leisten können und wollen.⁴⁴ Solche Entscheidungen sprengen den Rahmen eines Vollzugauftrags und sind m.E. von Verfassungsbestimmungen, die Private bei der Mitwirkung im Vollzug beteiligen wollen, nicht gedeckt.⁴⁵ Dies gilt im besonderen in Fällen, wo die gleichen Fachorganisationen mit Kontrollaufgaben befasst sind.

Die "Allgemeinverbindlicherklärung" von technischen Normen kann aber auch nicht wie die AVE von Gesamtverträgen behandelt werden.⁴⁶ Um Normen von Fachorganisationen in Rechtserlasse überzuführen, ohne in jedem Fall den ordentlichen Weg der Verordnungsgebung beschreiten zu müssen, bedürfte es vielmehr einer neuen Verfassungsbestimmung.⁴⁷ Diese hätte ein weiteres "Rechtsetzungsverfahren sui generis" neben jenes der AVE von Kollektivverträgen zu setzen. Eine solche Norm könnte sich auf die Regelungen im Bereich der Technik beschränken oder auch allgemeine Grundsätze für ausgelagerte Rechtsetzung enthalten.⁴⁸

Die These lautet also, dass es für Rechtsetzungskompetenzen jeweils einer speziellen Verfassungsermächtigung bedarf; und dass, wo diese Befugnisse nicht auf Bestimmungen über die Mitwirkung Privater beim Vollzug oder über die AVE von Kollektivverträgen abgestützt werden können, eben eine Verfassungsgrundlage geschaffen werden müsste.

Wurden hier nicht Schlüsse voreilig gezogen und die Forderung nach einer speziellen Verfassungsgrundlage aufgestellt ohne genügende Berücksichtigung ungeschriebener Verfassungsprinzipien? So schliesst doch der Bundesrat in seiner kürzlich verfassten Stellungnahme zu einer nationalrätlichen Motion betreffend Privatisierung staatlicher Tätigkeiten⁴⁹ seine allgemeinen Bemerkungen mit der Feststellung: "Die Frage nach der sinnvollen Aufgabenteilung zwischen Staat, Wirtschaft und Gesellschaft steht nicht zuletzt auch im Spannungsfeld des *Subsidiaritätsprinzips*, des *Milizprinzips* und des *Korporativismus*"⁵⁰ (Hervorhebung durch U.B.).

44 Als Exempel: der Streit um das Gurtenobligatorium (BGE 103 IV 192 ff.).

45 Vorn § 11 II B. Kritisch auch FORRER, STEG, 81.

46 Vorn § 11 III B (AVE als Ausnahme).

47 Dieser Meinung ist offenbar auch der SIA, der im Zusammenhang mit der Diskussion um die Totalrevision der BV Rechtsgrundlagen für die Anerkennung der technischen Verbandsnormen fordert: VERNEHMLASSUNG VE, 833.

48 Weitere Überlegungen hinten III C.

49 Motion NR HUNZIKER und Mitunterzeichner vom 2. Dezember 1980 (NR 80.581), Antwort des Bundesrates vom 1. Juni 1981.

50 Der Bundesrat zählt anschliessend eine Reihe von Formen der "Privatisierung" öffentlicher Aufgaben samt Beispielen auf, um gleich anzufügen, dass er der Privatisierung im Bereich der Eingriffsverwaltung wie auch der hoheitlichen Leistungsverwaltung grundsätzlich kritisch gegenüberstehe. Zur Begründung nennt er hauptsächlich Probleme der rechtsgleichen Behandlung (Aussenseiter, Interessenkollisionen im Zusammenhang mit hoheitlichen Kompetenzen von Verbänden), der Transparenz normgebundener Verwaltung und der demokratischen Kontrolle.

Von diesen drei Stichworten spielte bisher erst jenes des "Korporat(iv)ismus" eine gewisse Rolle. Dieses nimmt übrigens in der politikwissenschaftlichen Literatur der letzten Jahre eine zentrale Stellung ein. Der Untertitel einer Publikation zum Thema "Verbände und Staat" – "Vom Pluralismus zum Korporatismus"⁵¹ – fängt schlagwortartig deren These ein, wonach die westlichen Demokratien nicht mehr als pluralistische Gesellschaften (basierend auf der Konkurrenz von meist durch Parteien repräsentierten gesellschaftlichen Gruppierungen) anzusehen seien, sondern als (liberale⁵²) Verbändestaaten (repräsentiert durch Interessengruppen). Es kann hier auf die Korporatismus-Diskussion⁵³ nicht eingegangen werden. Sie führt aber zur Frage, ob eine Art Verfassungswandel⁵⁴ stattgefunden habe, der den privaten Organisationen heute eine von der Verfassung ursprünglich nicht vorgesehene Stellung einräumt. Soweit damit gewisse reale, politisch-soziale Gegebenheiten gemeint sind, wurden sie zum Teil in dieser Arbeit beschrieben: Rechtsetzung durch Private ist heute tatsächlich ein Teil der Verfassungswirklichkeit, und das Korporatismus-Modell leistet einen Beitrag zu deren Erklärung.⁵⁵

Ob mit der Veränderung der Verfassungswirklichkeit auch ein Wandel der (normativen) Verfassung – durch einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz – verbunden ist, steht auf einem ganz andern Blatt. Ungeschriebene Verfassungsnormen werden in unserer relativ leicht formell revidierbaren BV nur äusserst zurückhaltend anerkannt.⁵⁶ Es wäre reizvoll, genauer zu untersuchen, ob und wie weit die drei in der bundesrätlichen Antwort auf die Motion HUNZIKER genannten Prinzipien als ungeschriebene Verfassungsgrundsätze zu gelten haben; dieser Gedankengang soll jedoch nicht weiterverfolgt werden.⁵⁷ Denn hier interessiert nicht eine allgemeine Antwort, sondern nur eine Beurteilung im Hinblick auf die Rechtsetzung. Im Zusammenhang mit dieser Staatsfunktion ist aber m.E. kein Raum für ungeschriebene Entscheidungskompetenzen privater Organisationen, die mit dem Miliz-, Subsidiaritäts-

51 Hrsg. ULRICH VON ALEMANN/ROLF G. HEINZE, Opladen 1979.

52 Im Gegensatz zu sehen vor allem zu den bis vor kurzem (faschistischen) Ständeverfassungen Spaniens und Portugals.

53 Vgl. aber die Sammelbände VON ALEMANN/HEINZE, Verbände und Staat; VON ALEMANN, Neokorporatismus; sowie Heft 4, 1979, der ZEITSCHRIFT FÜR PARLAMENTSFRAGEN mit theoretischen Beiträgen, Fallstudien und Dokumenten. Für die schweizerische Diskussion vgl. vor allem ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung.

54 "Wandel" deshalb, weil wie vorn § 10 I A dargelegt, mit dem Bundesstaat die Verbändeorganisation ja von einer individualistischen Konzeption abgelöst würde.

55 Die Einseitigkeit des Korporatismus-Modells (Augenmerk auf den Einflüssen privater Organisationen gegenüber dem Staat) befriedigt ACKERMANN/STEINMANN nicht; vgl. für ihre Begründung: Verflechtung, Teil III.

56 AUBERT, *Traité*, Nr. 311 ff. Als ungeschriebenes Verfassungsrecht gelten vor allem gewisse Freiheitsrechte, die Neutralität, das Territorialprinzip im Sprachenrecht, der Grundsatz der Gesetzmässigkeit.

57 Zwei Hinweise müssen an dieser Stelle genügen: – Im Zusammenhang mit der Diskussion über die Totalrevision der BV wurde die ausdrückliche Verankerung des Subsidiaritätsprinzips (in der Reihenfolge: Private – Kanton – Bund) verlangt; in einzelnen Stellungnahmen als Teil des vorgeschlagenen Art. 2, in andern im Rahmen alternativer Verfassungsmodelle. Vgl. VERNEHMLASSUNG VE, 47/48 bzw. 835, 837.

– Aufschlussreich im speziellen zur Bedeutung des Milizprinzips sind die Ausführungen von LENDI/NEF, Erfüllung, insbes. 27 f.

oder Korporatismusprinzip begründet würden. Den drei Grundsätzen gemeinsam ist nämlich die Idee, zu einem möglichst grossen Mass an Selbstverantwortung und Selbstbestimmung beizutragen.⁵⁸ Selbstausgeübte, demokratische Herrschaft äussert sich bei der Rechtsetzungsfunktion – anders als in der Verwaltung⁵⁹ – nicht in weitgehender Dezentralisierung oder Kooperation mit den Betroffenen: Gerade im Allgemeinen – das Partikuläre überwindend – der Entscheidung findet das Gesetz seine Legitimation.⁶⁰ Seine Geltung als heteronome Zwangsnorm, verbindlich auch für jene, die im einzelnen nicht zugestimmt haben oder beteiligt waren, bezieht es aus der in unmittelbarer oder repräsentativer Form und in vorgeschriebenem Verfahren durch Mehrheitsentscheid ausgeübten Staatsgewalt. Befugnisse Privater zur Rechtsetzung widersprechen grundsätzlich der Idee der Demokratie: Heteronome Normen sollen nicht durch eine partikuläre Öffentlichkeit erlassen werden. Wo der Verfassungsgeber ausnahmsweise für die Rechtsetzung eine andere Form der Dezentralisierung als die föderalistische für notwendig erachtet, muss er dafür die rechtlichen Grundlagen schaffen.

2. Die einzelnen Beispiele ausgelagerter Rechtsetzung und ihre (fehlenden) Verfassungsgrundlagen

Beispiel B

Klar und deshalb nicht ausholend zu behandeln ist die Verfassungsgrundlage im Fall der AVE von GAV und RMV: Die Art. 34ter Abs. 1 lit. c und 34septies Abs. 1 BV sehen für zwei Arten von Kollektivverträgen ein “Rechtsetzungsverfahren sui generis” vor. Die Sonderstellung dieser Bestimmungen innerhalb der Verfassung gebietet, diese Art der Regelung nur sehr eingeschränkt zur Anwendung kommen zu lassen. Sie eignet sich nur für Regelungen in ausgewählten Bereichen, die von der BV ausdrücklich bezeichnet werden müssen.⁶¹ Eine Ausdehnung der AVE auf weitere Vertragsarten wird zur Zeit nicht diskutiert.

58 Vgl. etwa die Begründung von GRISEL, Droit administratif, 156 f., zur Mitwirkung Privater beim Vollzug: “Ce système est cependant conforme à la tendance démocratique d’associer les administrés à la gestion des affaires publiques.” Und nach Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile: “Les avantages de la collaboration des groupements privés l’emportent néanmoins sur ses inconvénients.” Ob bei der (Vollzugs) Mitwirkung von Verbänden anstelle der Kantone der Verlust des föderalistischen Aspekts durch den Gewinn anderer dezentraler Elemente wirklich ausgeglichen wird?

59 So vor allem GRISEL, Droit administratif, 156.

60 Vorn § 8 III D.

61 Ausführlich vorn § 11 III C.

Beispiel C

Als Grundlage des aus dem Jahr 1940 stammenden URVG nennt der Ingress zwei Verfassungsartikel: Art. 64 BV, der den Bund zur Rechtsetzung über das "Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst" ermächtigt, sowie den ehemaligen Art. 34ter BV,⁶² gemäss dem der Bund befugt ist, "auf dem Gebiet des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen". Das URVG wird als Aufsichtsgesetz⁶³ verstanden und vor allem mit gewerbepolizeilichen Motiven begründet.⁶⁴ Die Lösung des URVG hat Pendants in zahlreichen andern Rechtsordnungen: Monopolstellung und Tarifhoheit der durch Gegenseitigkeitsverträge verbundenen Verwertungsgesellschaften erleichtern es Autoren wie Veranstaltern, ihre Rechte und Interessen geltend zu machen. Gemäss den Ausführungen von BURCKHARDT⁶⁵ zu (alt) Art. 34ter BV kann einer solchen Konstruktion die Handels- und Gewerbefreiheit nicht entgegengehalten werden.⁶⁶ Die Frage nach der Verfassungsmässigkeit der Tarifbefugnisse der SUISA stellt sich denn auch in erster Linie wegen des hier verwendeten Rechtsetzungsbegriffs: Die für die Verwertung musikalischer Urheberrechte geltenden Tarife werden nämlich als einseitig gesetztes, zwingendes, der Privatautonomie entzogenes Recht, das den Wettbewerb im jeweiligen Markt ersetzt, statt dem Bereich privater Rechtsgestaltung der staatlichen Rechtsetzungsfunktion zugerechnet.⁶⁷ Da Verfassungs- und Gesetzgeber das Problem "Urheberrechtsverwertung" nicht unter diesem Aspekt betrachteten, bestand auch kein Anlass, eine Norm zu formulieren, in der die Verwertungsgesellschaften "zur Rechtsetzung ermächtigt" werden. Für die SUISA-Tarife fehlt deshalb eine Grundlage, wie sie soeben verlangt wurde.⁶⁸

⁶² AS 24, 883.

⁶³ BOTSCHAFT URVG, 315, 317.

⁶⁴ Der vor Gründung der SUISA massgebenden französischen Gesellschaft wurde vorgeworfen, keine Tarife bekanntgegeben "und statt dessen in willkürlicher Weise für das gleiche Repertoire und für Aufführungen gleicher Art vom einen Konzertveranstalter diesen Betrag und vom andern jenen höhern oder niedrigeren Betrag verlangt (zu haben), je nach dem Widerstand des Gegners. Ferner wurde beanstandet, dass keine Gewähr dafür bestehe, dass die erhobenen Gebühren wirklich den Urhebern der aufgeführten Werke zukommen." BOTSCHAFT URVG, 315.

⁶⁵ BURCKHARDT, Kommentar, Art. 34ter, insbes. S. 295: "Art. 31 gilt also in der Tat auf seinem wichtigsten Anwendungsgebiete, auf dem des Gewerbewesens, für den eidg. Gesetzgeber nicht mehr."

⁶⁶ Zu den wirtschaftsrechtlichen Besonderheiten der SUISA vgl. ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen, 251 ff. und 254 ff.

⁶⁷ Vorn § 8 IV C.

⁶⁸ Allgemein wurden zum URVG kaum verfassungsrechtliche Abklärungen vorgenommen, vgl. BOTSCHAFT URVG und ROHR, Schutz vor wirtschaftlichen Organisationen, 254.

Beispiel D

Die Bundeskompetenz zur Regelung der Berufsbildung beruht auf Abs. 1 lit. g von Art. 34ter BV; Abs. 4 erklärt die Vorschriften von Art. 32 BV anwendbar. Damit ist für diesen Bereich eine ausdrückliche Verfassungsnorm über die Mitwirkung privater Organisationen beim Vollzug gegeben. Auf dieser Grundlage kann, wie gezeigt,⁶⁹ den zuständigen Verbänden übertragen werden, wenig wichtige, konkretisierende Verordnungen zu erlassen. Nach diesem Massstab beurteilt können die von den Berufsorganisationen verantworteten Modell-Lehrgänge und Reglemente zu den Einführungskursen⁷⁰ als Teil des Vollzugauftrags verstanden werden: Die Inhalte und Ziele der Ausbildung in den jeweiligen Berufen werden in den Ausbildungsreglementen⁷¹ festgelegt; sie stellen für den schulischen wie praktischen Teil Programme auf und ordnen die Lehrabschlussprüfungen. Wie dieser staatlich vorgegebene Rahmen ausgefüllt wird – in welcher Reihenfolge beispielsweise die verschiedenen Arbeitstechniken innerhalb der einzelnen Lehrjahre oder im Einführungskurs zu vermitteln und anhand unterschiedlicher Materialien zu vertiefen sind –, darf den Berufsorganisationen überlassen bleiben. Eine solche Delegation ist mit Art. 32 Abs. 3 BV vereinbar. Anders fällt die Beurteilung der von den Verbänden aufgestellten Reglemente über die Berufs- und höheren Fachprüfungen aus. Hier hat der Staat so wenig vorgezeichnet,⁷² dass im Grunde die ganze inhaltliche Regelung den Privaten verbleibt. Solche Rechtsetzung ist nicht mehr als letzte Konkretisierungsstufe und als Regelung der Durchführungsmodalitäten zu verstehen: Die Kompetenzen der Berufsorganisationen gehen hier über Vollzugaufgaben im Sinn von Art. 32 BV hinaus.⁷³

Beispiel E

Eine Verfassungsgrundlage wurde für die Elektrizitätsgesetzgebung des Bundes erst ein halbes Dutzend Jahre nach Erlass des ElG, als Teil des Wasserwirtschaftsartikels, geschaffen.⁷⁴ Deshalb sollen zur Beurteilung der Rolle, die den Privaten in diesem

69 Vorn § 11 II B.

70 Mit dem revidierten BBG wurden die Einführungskurse als selbständige "Säule" eines trialen Ausbildungssystems (neben Schule und vor allem betrieblicher Ausbildung) installiert. BOTSCHAFT BBG, 690.

71 Diese Erlasse sind folgendermassen gegliedert (das Beispiel des Kunstglasers findet sich in BBl. 1979 II 872):

A Reglement über die Ausbildung und die Lehrabschlussprüfung der Kunstglaser

- 1 Ausbildung
 - 11 Lehrverhältnis
 - 12 Ausbildungsprogramm für den Betrieb (u.a. Arbeitstechniken, Materialkenntnisse)
 - 13 Ausbildung in der Berufsschule
- 2 Lehrabschlussprüfung (u.a. Prüfungsfächer und Prüfungsstoff)

...

B Lehrplan für den beruflichen Unterricht der Kunstglaser.

72 Vorn Anm. 27.

73 Ob hier überhaupt staatliche Legitimierung (Titelschutz) sinnvoll ist?

74 Das ElG stammt aus dem Jahr 1902, der ursprüngliche Art. 24bis BV (seit 1976 nur noch

Bereich zugeordnet ist, auch die Materialien zum EIG berücksichtigt werden. Danach sollte die Kontrolle der Starkstromanlagen einem privaten Inspektorat übertragen werden können. Im Gesetz wollte man allerdings nicht ausdrücklich den SEV mit dieser Aufgabe betrauen.⁷⁵ Dementsprechend enthält der Verfassungsartikel ebenfalls keinen Hinweis auf die Möglichkeit, Private zum Vollzug heranzuziehen; die Mitwirkung des SEV hat aber wohl als eindeutig gewollt zu gelten. Wird dieser Vollzugauftrag im Sinn des erst Jahrzehnte später ergangenen Art. 32 BV verstanden, kann in ihm durchaus die Kompetenz eingeschlossen sein, die eigene Kontrolltätigkeit näher zu regeln; die Formulierung der Delegationsnorm,⁷⁶ wonach der SEV über die Typen(nach)prüfungen, die Erteilung des Sicherheitszeichens und ihre Kostendeckung ein Reglement (das SZR) aufzustellen habe, sprengt diesen Rahmen an und für sich nicht. Erst indem der SEV auch die zu prüfenden Geräte bestimmt und die entsprechenden Anforderungen formuliert,⁷⁷ muss von einem selbständigen Rechtsetzungsauftrag gesprochen werden.

Beispiel F

Ähnlich wie bei den SUIISA-Tarifen (Beispiel C) ist die Lage im Falle der MHV-Tarife: Weder Art. 34 Abs. 2 BV (Grundlage der Bundeskompetenz zur Versicherungsaufsicht) noch Art. 37bis Abs. 1 BV (Regelung des Strassenverkehrswesens) sprechen von einer Rechtsetzungskompetenz der Versicherungsgesellschaften; die Aufgaben der privaten Versicherungsträger wurden nicht unter dem hier beleuchteten Aspekt betrachtet.

Beispiel G

Die Lebensmittelgesetzgebung des Bundes beruht auf Art. 69bis Abs. 1 lit. a und b BV. Von einem Vollzugs- oder gar Rechtsetzungsauftrag Privater ist in dieser Bestimmung keine Rede; im Gegenteil sind in Abs. 2 des erwähnten Artikels ausdrücklich die Kantone als Ausführungsorgane bezeichnet. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass der Verfassungsgeber die Befugnis zur konkretisierenden Normierung in diesem Bereich – abweichend vom ordentlichen Ordnungsverfahren – an Fachorganisationen delegieren wollte.⁷⁸ Es besteht demnach für die „Allgemeinverbindlicherklärung“ des Lebensmittelbuches keine Verfassungsgrundlage.

Wasserwirtschaft, Elektrizität seither in Art. 24quater) von 1908. Vgl. dazu BURCKHARDT, Kommentar, Art. 24bis, insbes. S. 173 f., 182.

75 Vgl. vorn § 12 II B 1 die Ausführungen im Zusammenhang mit BGE 105 IV 264 ff.

76 Art. 121quater StStV.

77 Art. 121bis Abs. 2 StStV als Basis für den Anhang des SZR, das „Verzeichnis der prüfpflichtigen elektrischen Installationsmaterialien und Apparate für Spannungen bis 1000 V(olt).“ Zur Problematik, dass Rechtsetzung und Kontrolle beim gleichen Organ liegen, vgl. VPB 44.93 (Medizinalprüfungen); GRAUER, Verweisung, 202.

78 BURCKHARDT, Kommentar, Art. 69bis: „Sache des Bundes ist es also, die Grundsätze dar-

Beispiel H

Für zwei der im Ingress des STEG erwähnten Artikel der Bundesverfassung sind die Vorschriften von Art. 32 BV anwendbar, nämlich für Art. 31bis Abs. 1 und 2 (Bundskompetenz zur Gesetzgebung über die Ausübung von Handel und Gewerbe) sowie Art. 34ter Abs. 1 lit. a (Arbeitnehmerschutz).⁷⁹ Die Mitwirkung von Fachorganisationen beim Vollzug des STEG ist also durchaus verfassungskonform. Allerdings gehen die Rechtsetzungskompetenzen der Privaten hier um einiges über den Rahmen hinaus, wie er für Konkretisierungsbefugnisse aufgrund von Art. 32 Abs. 3 BV definiert wurde.⁸⁰ Die Organisationen bestimmen in ihrem Zuständigkeitsbereich im wesentlichen den Inhalt der Sicherheitsgesetzgebung.

Beispiel K

Die Landwirtschaftsgesetzgebung des Bundes beruht auf Art. 31bis Abs. 3 lit. b BV; Art. 32 Abs. 3 BV ist in diesem Bereich anwendbar. Damit können privaten Organisationen im Rahmen eines Vollzugauftrags Rechtsetzungsbefugnisse minderer Bedeutung übertragen werden. So sind die Delegationen an den ZVSM⁸¹ verfassungskonform: Es handelt sich jeweils um Regelungen, die an der breiten Basis der vielstufigen Pyramide "Landwirtschaftsgesetzgebung" anzusiedeln sind, nämlich um Regelungen, die in einem vierten oder gar fünften Schritt konkretisierend normieren.⁸²

Um einiges weiter gehen zum Teil die Kompetenzen der Käseunion. Die Ausführung der Käsemarktordnung ist ihr in wesentlichen Teilen überlassen, indem sie "im Rahmen der Zielsetzung der Käsemarktordnung" die Grundsätze der Vermarktung aufstellt und über die Warenzuteilung an die Mitglieder befindet. Marktmechanismen sind dadurch aufgehoben und durch eine verbindliche Regelung der Käseunion ersetzt, die nicht mehr von einem Vollzugauftrag gemäss Art. 32 BV gedeckt ist. Die Situation ist mit jener bei den SUISA- oder MHV-Tarifen verwandt.

über aufzustellen, was als gesundheitsschädlich, was als gefälscht oder verfälscht zu gelten habe und *wie dies festzustellen sei*" (S. 621, Hervorhebung durch U.B.).

79 Das Gesetz stützt sich zusätzlich auf den eben behandelten Art. 69bis (nur lit. b: Verkehr mit "ändern Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen").

80 Vorn § 11 II B.

81 Allerdings erfolgte keine detaillierte Überprüfung jedes einzelnen Erlasses.

82 Vgl. als Beispiel: SR 916.356.111 (Anordnungen über die Ausrichtung von Siloverbotszulagen an die Verkehrsmilchproduzenten) konkretisiert SR 916.356.11 (V über die Förderung der Käseproduktion), diese SR 916.350 (MB) und andere Erlasse, die auf SR 910.1 (LwG) beruhen.

B. Private, nachparlamentarische Rechtsetzung und Verfassung

In den vorstehenden Abschnitten sind strenge Anforderungen an die Verfassungs- und Gesetzesgrundlagen ausgelagerter Rechtsetzung formuliert worden. Sie drücken das Bemühen um klare Verantwortlichkeiten sowie die Wahrung rechtsstaatlicher und demokratischer Prinzipien aus und lassen eine deutliche Zurückhaltung gegenüber Rechtsetzungsaktivitäten privater Organisationen spüren: Rechtsetzung durch partikuläre Gruppen verträgt sich prinzipiell nicht mit den zentralen schweizerischen Verfassungsgrundsätzen.

Auf der andern Seite war mehrmals die Rede von einer Regelungslast, die von der Komplexität ebenso wie vom Umfang her stetig anwächst und kaum mehr zu bewältigen erscheint. Sie dürfte der Hauptgrund dafür sein, dass Rechtsetzungsaufgaben überhaupt ausgelagert werden.

Auf sie ist auch zurückzuführen, dass Rechtsetzung allgemein längst nicht mehr eine Angelegenheit von Parlament und Verwaltung allein ist: Private Organisationen und "Interessen" werden je nach Bedarf zugezogen oder ernennen sich selber zu Mitspielern. Mit den Richtlinien über das Vorverfahren der Gesetzgebung hat der Bundesrat ihre Einflussnahme in erster Linie auf die Vorbereitung der Erlasse der Legislative gleichsam kanalisiert und einer gewissen öffentlichen Kontrolle zugänglich gemacht. Diese Regeln werden auf die Verordnungsgebung durch die Exekutive mit gewissen Abweichungen (im Sinne einer Lockerung) angewendet.

In manchem Bereich der Verordnungsgebung, wo die gesetzgeberische Vorzeichnung auf Schwierigkeiten und zum Teil Grenzen stösst, ist die Verwaltung besonders stark auf die Mitwirkung Privater angewiesen.⁸³ Die RL-VV lassen dies auch zu – und für Einwirkungsmöglichkeiten und informelle Verhandlungen einen relativ breiten Raum, der von den Organisationen unterschiedlich genützt wird.⁸⁴ Betrachten wir etwa die konkretisierende Rechtsetzung zum BBG (Beispiel D), so fällt auf, dass die Inhalte der vom BIGA erlassenen Ausbildungsreglemente zu den einzelnen Lehrberufen⁸⁵ faktisch weitgehend von den Arbeitgeberorganisationen bestimmt werden.⁸⁶ Das heisst, dass der Unterschied zur Inhaltgebung bei den Diplomreglemen-

83 PETERMANN, Grenzen der Mitwirkung, 96, sieht in der Verbandsmitwirkung auf Verordnungsebene einen Ersatz für die fehlende demokratische Willensbildung.

84 Vgl. die Darstellung von vier Fällen im Umweltschutzrecht bei ACKERMANN, Verordnungsrechtssetzung; ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2, 2: zur Berufsbildung. Weitere Fallstudien fehlen meines Wissens. Interessant ist die Beobachtung, dass die grossen Umweltschutzorganisationen auf dem Niveau der Verordnungen das Feld den Organisationen mit vorwiegend technischen Zielsetzungen (wie der Schweizerischen Vereinigung für Gesundheitstechnik oder jener für Gewässerschutz und Lufthygiene) überlassen; vgl. ANDREAS GIGER, Umweltorganisationen und Umweltpolitik, SJPW 1981, 64.

85 Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen lauten: "Das Departement erlässt für die einzelnen Berufe Ausbildungsreglemente." "Das Departement sorgt in Zusammenarbeit mit den Berufsverbänden dafür, dass die Ausbildungsreglemente der Entwicklung in den Berufen angepasst werden." (Art. 12 Abs. 1 und 4 BBG, jeweils erster Satz).

86 Eine Ausnahme stellt als Arbeitnehmerorganisation der in Ausbildungsfragen traditionell sehr aktive Schweizerische Kaufmännische Verein dar. Vgl. zu den Verhältnissen in diesem Bereich die eingehende Fallstudie "Berufsbildung" in ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2, 2.

ten, die nach Gesetz von den Verbänden allein erarbeitet und dem Bund nur zur Genehmigung unterbreitet werden, um einiges kleiner ist als die Zuständigkeitsbestimmungen vermuten liessen. Man kann sich daher fragen, ob es nicht "ehrlicher" und im Interesse klarer Verantwortlichkeiten wäre, den Weg frei zu geben, um auch jene Teile der nachparlamentarischen Rechtsetzung auszulagern, die tatsächlich vorwiegend von privaten Organisationen gestaltet werden. Der ausgelagerten Rechtsetzung förmliche Riegel zu setzen – wie hier mit dem Postulat entsprechender Verfassungs- und Gesetzesgrundlagen –, wäre in diesem Lichte besehen wenig sinnvoll.

Mir erscheint es richtig, aus dieser Beobachtung Konsequenzen gerade in eine andere Richtung zu ziehen und den Staat zu verpflichten und in die Lage zu versetzen, einmal übernommene Verantwortung auch wahrzunehmen. Das heisst nicht, dass er bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben allein auf seine eigenen Ressourcen gestellt sein müsse: Es sprechen in der Tat viele Argumente für die Kooperation zwischen Staat und privaten Organisationen; so hat für die politische Stabilität und "Regierbarkeit" eines Landes offenbar das gut eingespielte Zusammenwirken von Staat und Interessenorganisationen ein grosses Gewicht.⁸⁷ Verbände sind allerdings nach wie vor nicht ordentliche Staatsorgane. Wenn sich nun ein Teil der staatlichen Verordnungsgebung und die an Private delegierte Rechtsetzung darin ähnlich sind, dass sie im wesentlichen durch nicht-öffentliche, nicht-repräsentative Aushandlungsprozesse zustandekommen, so müssten die im folgenden Paragraphen formulierten *Anforderungen an die ausgelagerte Rechtsetzung – mutatis mutandis – ebenfalls für die staatliche nachparlamentarische Rechtsetzung gelten*. Es wären damit Folgerungen daraus gezogen, dass auch das Recht unterhalb der Gesetzesstufe nicht nur "ausführende" Konkretisierung darstellt und in seiner Entstehung durchaus "deutlich vertragliche Züge"⁸⁸ aufweisen kann. Dies bedeutet einerseits, dass zum Aufwiegen der rechtsstaatlichen und vor allem demokratischen Defizite solcher Rechtsgestaltung Gegengewichte in den Prozess der Inhaltgebung eingefügt werden müssen. Sie sollten die allgemeinen und öffentlichen Interessen gegenüber den privaten und partikulären, die unorganisierten gegenüber den organisierten stärken.⁸⁹ Das heisst andererseits, dass die Verwaltung die übernommene Verantwortung in Bereichen ausgelagerter Rechtsetzung nur wahrnimmt, wenn sie stärker beteiligt wird und engagiert die Haltung eines "Anwalts der öffentlichen Interessen"⁹⁰ einnimmt.⁹¹ Eine

87 PHILIPPE C. SCHMITTER, Interessenvermittlung und Regierbarkeit, in: VON ALEMANN/HEINZE, Verbände und Staat, 92–114, insbes. 112 f.; BÖCKENFÖRDE, Verbände. Zu den Möglichkeiten noch nicht ins Konkordanzgleichgewicht integrierter "neuer" Interessen vgl. AUER/DELLEY, Référendum facultatif.

88 So WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 114, für "die Gesetzgebung".

89 Dass die "allgemeinen" Interessen schlecht organisiert und organisierbar sind, darf heute als allgemein bekannt gelten; grundlegend dazu die vorn § 11 Anm. 45 genannten Autoren. – Vgl. auch die Beispiele bei WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 140, bei ANDREAS GIGER (vorn Anm. 84) oder ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 3, 4.3.

90 Diese Position wurde in einer Untersuchung über den Konstanzer Studiengang in Verwaltungswissenschaften als "sozialer Interessenadvokat" bezeichnet, vgl. WOLF LINDER/HUBERT TREIBER, Verwaltungsreform als Ausbildungsreform, München 1976, insbes. S. 104 ff.

91 PETERMANN, Grenzen der Mitwirkung, 104 f. (sowie an andern Stellen), sieht in Anleh-

solche Stellung dürfte allerdings nicht nur von Organisations- und Verfahrensvorschriften, sondern ebenso von personalpolitischen Entscheiden abhängig sein.⁹²

Es ist meines Erachtens nicht damit zu rechnen, dass in die geltende Verfassung eine besondere Bestimmung über die Grundsätze ausgelagerter Rechtsetzung – oder allgemeiner: über Kooperationsformen zwischen Staat und Privaten – eingefügt würde. Denn ein solcher Artikel würde weder dem über die Jahrzehnte gewachsenen “System” der BV noch der “Logik” der schweizerischen politischen Diskussion und zugehörigen Verfassungsrevisionen entsprechen, die primär durch die Definition von Bundesaufgaben gekennzeichnet sind. Eine rechtsstaatlich-demokratische Beschränkung und Einbindung der privaten Rechtsetzungstätigkeit kann und sollte dennoch erfolgen: In erster Linie wäre dafür der Gesetzgeber verantwortlich.⁹³ In zweiter Linie könnte dazu das Bundesgericht durch seine Praxis zum Legalitätsprinzip bzw. zur Gesetzesdelegation beitragen.

Der VE für eine neue Bundesverfassung schliesst Rechtsetzungsbefugnisse Privater ausser in Form von allgemeinverbindlichen Gesamtverträgen aus.⁹⁴ Das STEG (Beispiel H) etwa hätte demnach unter der Herrschaft einer so revidierten BV keinen Bestand. Aus den Materialien⁹⁵ der zuständigen Kommission geht allerdings hervor, dass solche Rechtsetzungsverfahren in der Diskussion um die Verordnungsgebung gar nicht berücksichtigt wurden. Die Auseinandersetzung mit dieser Problematik ist also noch nachzuholen. Besteht der Verfassungsgeber darauf, private Organisationen strikte nicht mit Entscheidungsbefugnissen in die Regelungslast einzubeziehen,⁹⁶ wäre doch zu erwägen, spezifisch für die technische Normung, ähnlich wie für bestimmte Gesamtverträge, ein zweites ausserordentliches Rechtsetzungsverfahren vorzusehen.⁹⁷

Angesichts der Entwicklung des Regelungsbedarfs und der Rechtswirklichkeit wäre es jedoch sinnvoller anzuerkennen, dass Private nicht nur für die Erfüllung von “Verwaltungsaufgaben”⁹⁸ herangezogen werden können, sondern begrenzt auch für Rechtsetzungsaufgaben.⁹⁹ Diese Analogie rechtfertigt sich aus rechtstheoretischer Sicht insofern, als die Auseinandersetzung mit dem Rechtsetzungsbegriff gezeigt hat,

nung an TOPITSCH – allerdings auf “Verwaltungsaufgaben” bezogen – gerade umgekehrt die Verbände als Garanten der Freiheit.

92 Zur Bedeutung der personalmässigen Unterdotierung im Falle Berufsbildung vgl. ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2.2; zur Einstellungsfrage vgl. die in Anm. 90 zit. Arbeit.

93 Näheres zum Verfahrensmässigen unter § 14.

94 Art. 101 Abs. 2 VE legt unter dem Titel “Andere Verordnungen” fest: “Durch Gesetz können auf Einrichtungen des Bundes, die keinem Departement angehören, Rechtsetzungsbefugnisse übertragen werden, wenn es sich um Gegenstände von untergeordneter Bedeutung handelt.”

95 BERICHT EXPERTENKOMMISSION VE, 174; sodann ihre Protokolle.

96 Vgl. aber Art. 69 VE für Anhörungsrechte.

97 Dazu nachfolgend C.

98 So Art. 105 Abs. 3 VE.

99 Etwa indem Art. 101 Abs. 2 VE in Anlehnung an Art. 105 Abs. 3 VE formuliert würde: “Durch Gesetz können auf Einrichtungen des Bundes, die keinem Departement angehören, und ausnahmsweise auch auf Personen des Privatrechts Rechtsetzungsbefugnisse übertragen werden, wenn es sich um Gegenstände von untergeordneter Bedeutung handelt.”

dass bei der Rechtsanwendung wie der Rechtsetzung normiert wird. So wie Private bereits heute nur unter dem Vorbehalt, dass sie den Regeln über das staatliche Verwaltungshandeln unterstehen, für die Mitwirkung beim “Vollzug” verpflichtet werden, müssten allerdings auch für das Zustandekommen von Erlassen Privater – sinn- gemäss – die Regeln des staatlichen Rechtsetzungsverfahrens gelten.

C. Exkurs: Technische Normung und staatliche Rechtsordnung

Die vielfältigen Probleme rund um die technische Normung lassen es mir geboten erscheinen, sie – wenn überhaupt¹⁰⁰ – gesondert und in einem grösseren Zusammen- hang zu regeln. Es kann vor allem nicht genügen, einzig eine Verfassungsbestimmung zur Rechtsetzung durch technische Regeln¹⁰¹ – als einfache Kompetenznorm for- muliert oder mit Kautelen versehen – zu erlassen. Verfassungs- und Gesetzgeber müssten sich mit einer Reihe weiterer Fragen beschäftigen, die hier ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufgeführt werden: Neben den Voraussetzungen, Formen und Grenzen eines Rechtsetzungsverfahrens durch Normen von Fachorganisationen wäre zu klären,¹⁰²

- wie sich solche Rechtsregeln zum Haftpflicht- und Strafrecht verhalten;¹⁰³
- wie weit die Urheber technischer Regeln einen wirtschaftlichen Schutz genie- sen;¹⁰⁴
- in welchem Verhältnis technische Normung und internationale Zusammenarbeit stehen: einerseits die Bedeutung der internationalen Zusammenarbeit der priva- ten technischen Normungsorganisationen für das Landesrecht;¹⁰⁵ andererseits die

100 GRAUER, Verweisung, 204 ff., ist gegen solche Rechtsetzung: Der Sachverstand sei im ordentlichen Vorverfahren einzubringen. Zweifel an der Funktionsfähigkeit des Gesetz- gebers für “law in action” hat dagegen MEYER-CORDING, Rechtsnormen, 60 ff.

101 Wie sie der SIA verlangt, VERNEHMLASSUNG VE, 833, was ob der Tatsache erstaunt, dass gerade SIA-Normen faktisch sehr oft eine generelle Wirkung haben. Vgl. auch vorn § 4 II (AGB).

102 Das STEG (Beispiel H) ist u.a. unbefriedigend, weil es einseitig auf Erfüllung des ILO-Ab- kommens ausgerichtet ist und dabei allzu viele Fragen offen lässt.

103 Etwa: Folgen für die Einführung einer allgemeinen Produzentenhaftpflicht? (FORRER, STEG, 135, zum STEG als Grundlage einer “besonderen” Produzentenhaftpflicht) – Fol- gen veralteter Normen? (Dazu Urteil des Kassationshofes vom 22. April 1981, E. 2a) – Vergleich der Folgen für Geschädigte bei Anwendung allgemeiner Haftpflichtregeln bzw. technischen Normen u.a.m.

Vgl. dazu für die Situation in der BRD (parastaatliche Stellung des DIN-Instituts) Themen- kreis 3 in TECHNISCHE NORMUNG, 169 ff.; für die Schweiz, FORRER, STEG.

104 Vgl. zur Illustration die Titel der Referate unter dem Themenkreis 4 in TECHNISCHE NORMUNG, 231 ff.: Normung und Verbraucherinformation; Information über DIN-Nor- men und andere technische Regeln; Urheberrecht an DIN-Normen. Ein weiterer Aspekt mit wirtschaftlicher Bedeutung ist im folgenden Punkt erwähnt.

105 Vgl. dazu vorn § 5 I D: Koordinationsbemühungen der internationalen Normungsorganisa- tionen. Die Problematik privater Rechtsetzung wird hier akzentuiert: Ersetzung von Staats- verträgen durch private internationale Vereinbarungen?

Bedeutung von technischen Normen beim Abbau von Wirtschaftsschranken und beim internationalen Technologietransfer.¹⁰⁶

106 Als Beispiel für einen Handelskrieg via technische Normen wäre der Streit um die Farbfernsehsysteme zu erwähnen. Zum Technologietransfer: Die Schweiz hat sich (heisst das: die Fachorganisationen?) im Rahmen des allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens GATT (Tokyo Runde) verpflichtet, die technischen Normen international verfügbar zu machen, vgl. SNV-Bull. 1979, 41f.
Mit V vom 8. Juli 1981 (AS 1981 967) wurde beim Bundesamt für Aussenwirtschaft ein Normensekretariat geschaffen (kein Bezug zum STEG); für die Bekanntmachung privater Normen soll die SNV sorgen, die zugleich "die Funktion einer Auskunftsstelle übernimmt" (Art. 3 Abs. 3).

3. Kapitel:

Zum Rahmen ausgelagerter Rechtsetzung

§ 14 *Verfahrensmässige Anforderungen an ausgelagerte Rechtsetzung*I. *Möglichkeiten der Regulierung*

Rechtsetzungsbefugnisse werden zu einem grossen Teil in Bereichen starker Spezialisierung und rascher Veränderungen ausgelagert: beispielsweise bei der Berufsbildung (Beispiel D), wo Reglemente heute auf Dutzende von sich wandelnden Tätigkeitsfeldern abgestimmt werden müssen, oder bei der Sicherheitsgesetzgebung (Beispiel H), unter die an und für sich zahllose bestehende und noch zu entwickelnde Geräte und Einrichtungen¹ fallen. Die Möglichkeiten des Gesetzgebers zur inhaltlichen Vorzeichnung stossen hier tatsächlich auf Schwierigkeiten und an Grenzen, wie das Bundesgericht im Entscheid WÄFFLER ausführt; das Prinzip des Gesetzesvorbehalts braucht deshalb unter Umständen nicht streng befolgt zu werden.² Im selben Entscheid wird auf einen Zusammenhang hingewiesen, den wir hier wie angekündigt³ vertiefend aufgreifen wollen: Bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Delegationen kann auch berücksichtigt werden, wie die delegierten Entscheidungen vorzubereiten sind; die inhaltliche Vorzeichnung durch den Gesetzgeber kann durch Verfahrensvorschriften⁴ ergänzt werden. Damit erhält der Gesetzesvorbehalt zusätzlich zur primären materiellen eine formelle Komponente.

Möglichkeiten, ausgelagerte Rechtsetzung verfahrensmässig so einzubinden, dass rechtsstaatlichen und demokratischen Anliegen ähnlich wie im ordentlichen Rechtsetzungsprozess Rechnung getragen wird, sehe ich an drei Punkten:

- bei den Anforderungen an das Verfahren der Inhaltgebung durch die rechtsetzenden Privaten (nachstehend II.),
- bei den Verfahrens- und Organisationsbestimmungen über die Begleitung und Kontrolle ausgelagerter Rechtsetzung durch staatliche Behörden (III.) und
- bei den Publikationsvorschriften (IV).

Verfahrensvorschriften könnten auch bezüglich der organisationsinternen Entscheidungen aufgestellt werden, doch verspreche ich mir wenig von einer Gesetzgebung über innerverbandliche Demokratisierung,⁵ wie sie beispielsweise in der Bundes-

1 Vgl. BOTSCHAFT STEG, 856, zum Anwendungsbereich des Gesetzes.

2 BGE 103 Ia 369 ff. (insbes. E. 6f und 6g, S. 387 f.); dazu vorn § 13 II B 1.

3 Vorn § 13 II B 3.

4 Im konkreten Fall war es die Pflicht zur Anhörung der universitären Organe. BGE 103 Ia 385 f.

5 GIGER, Mitwirkung, 137, plädierte jedoch de lege ferenda dafür, dass wichtige Angelegenheiten – und dazu wäre die ausgelagerte Rechtsetzung wohl zu zählen – vor den Gesamtvorstand oder die Generalversammlung der beauftragten Organisation zu bringen wären. Zur Oligarchisierung der massgebenden Verbände vgl. BALLY ET AL., Politik, 250 f.

republik Deutschland diskutiert wird. Schon dass ein auf ausgelagerte Rechtsetzung zugeschnittenes Verbändegesetz so unterschiedliche Gebilde wie die grossen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, kleine spezialisierte Berufsorganisationen,⁶ stark auf Einzelmitglieder beruhende Fachorganisationen wie den SEV, aber auch nur aus Kollektivmitgliedern bestehende wie das Schweizerische Institut für Hauswirtschaft oder schliesslich die Beratungsstelle für Unfallverhütung in der Landwirtschaft⁷ über einen Kamm scheren müsste, lässt diesen Weg als aussichtslos erscheinen. Auf die zusätzlichen mit der Regulierung von Verbänden verbundenen komplexen Probleme soll hier nicht näher eingegangen werden, weil das Thema in der Schweiz weder aktuell ist noch konsensfähig sein dürfte.⁸ Ein über generelle Regeln erfolgreicher Eingriff des Staates in die Organisationsautonomie der Verbände würde zudem über das gegebene Ziel hinausschiessen; gesetzgeberische Eingriffe sind im einzelnen Fall bei Missständen jedoch gerechtfertigt.⁹ Schliesslich wurde bereits in einem andern Zusammenhang darauf hingewiesen,¹⁰ dass private Organisationen statt über Verfahrensvorschriften auch über ein hohes Mass an Repräsentativität zu einer Legitimationsbasis¹¹ für ihre "demokratische" Rechtsetzungsfunktion kommen können.

II. *Verfahrensvorschriften für die Inhaltgebung bei ausgelagerter Rechtsetzung*

A. Allgemeine Überlegungen

Für die Vorbereitung von Rechtserlassen durch die Verwaltung bestehen bekanntlich seit mehreren Jahren generelle Richtlinien.¹² Es erscheint mir nicht sinnvoll, den ganzen Komplex ausgelagerter Rechtsetzung in ähnlicher Weise in einer eigenen

6 Etwa die vorn § 5 Anm. 17 erwähnte Schweizerische Gesellschaft für Organisation.

7 Die letzten beiden Beispiele: Kontrollstellen gemäss STEG (vgl. BBl. 1980 I 251).

8 Vgl. aber die Überlegungen und Argumente in den Beiträgen von ULRICH VON ALEMANN, ROLF G. HEINZE, CLAUS OFFE und WOLFGANG TÖNNESMANN in VON ALEMANN/HEINZE, Verbände und Staat, und weitere in diesem Band enthaltene Dokumente, sodann den konzisen Aufsatz von GUNTHER TEUBNER, Zu den Regelungsproblemen der Verbände – Neo-Korporatismus und innerverbandliche Opposition, JZ 1978, 545–548. (Zentral ist in dieser Diskussion der Versuch, die Gewerkschaften zu "disziplinieren".)

9 Beispiel Käseunion, vorn § 5 III B. Eine generelle Aufsicht über Organisationen, die rechtsetzend tätig werden, scheint mir nicht notwendig, da jedes ihrer "Produkte" staatlich zu überprüfen ist (anders bezüglich Verwaltungsaufgaben von Privaten; vgl. dazu IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 157 B II.). In diesem Sinn auch KNAPP, Collaboration, 392: Die Aufsicht "se limite à la mesure dans laquelle il y a exercice de la tâche déléguée."

10 Beispiel B (AVEG), vorn § 6 II B 2.

11 LINDER, Planung, 386, Anm. 37, weist auf die Zwiespältigkeit stärkerer Legitimierung durch Demokratisierung hin: Grössere Legitimation bei gleichbleibendem partikulärem Interesse und ohne volle politische Verantwortung.

12 RL-VV, RL-GT und RL-BRG.

Verwaltungsverordnung zu ordnen: Verfahrensvorschriften für die Inhaltgebung¹³ durch private Organisationen wären vielmehr jeweils zusammen mit dem inhaltlichen Delegationsauftrag im betreffenden Gesetz zu formulieren und auf die spezielle Situation auszurichten,¹⁴ wie es auch bei einzelnen der hier vorgestellten Beispiele geschah.¹⁵

Es sprechen vor allem praktische Gründe für eine solche Lösung: Da hoheitliche Rechtsetzung nicht in den normalen Aufgabenkreis Privater gehört, würden diese wohl im Zusammenhang mit jeder einzelnen Delegation mittels einer Verweisung auf solche speziellen Regeln aufmerksam gemacht und verpflichtet. Die Regeln ihrerseits müssten Vorschriften für die unterschiedlichen vorkommenden und denkbaren Arten von ausgelagerten Rechtsetzungsprozessen und privaten Kompetenzträgern enthalten. Da ausgelagerte Rechtsetzung immer eine Ausnahme darstellt, bezweifle ich, dass den besonderen Umständen des jeweiligen Falles in dieser Form genügend Rechnung getragen werden kann. Es wäre deshalb zu erwarten, dass der Gesetzgeber immer wieder Abweichungen oder Ergänzungen anordnen würde und die allgemeinen Regeln daher wenn nicht überflüssig, so mindestens wenig hilfreich und klärend wären.

Auch in dogmatischer Hinsicht ergeben sich bei einer grundsätzlichen Regelung der ausgelagerten Rechtsetzung Probleme. Solche Bestimmungen könnten nämlich nicht als Richtlinien, d.h. als Verwaltungsverordnung, ergehen, da sie ja Private verpflichten sollen. Es wäre jedoch stossend, wenn für dieses ausserordentliche Rechtsetzungsverfahren in allgemeiner Form Regeln erlassen würden, die im Rang höher stehen als ein wichtiger Teil der Vorschriften für die ordentliche Rechtsetzung. Werden Verfahrenserfordernisse dagegen im delegierenden Gesetz festgelegt, bleibt der Ausnahmecharakter der Kompetenzauslagerung ersichtlich.

B. Konkrete Verfahrensanforderungen

Um auch bei der ausgelagerten Rechtsetzung rechtsstaatliche und demokratische Elemente ins Verfahren einzubringen, stehen Massnahmen im Vordergrund, die vermehrt Öffentlichkeit schaffen¹⁶ und es Interessierten – in Anlehnung an das staatliche Vernehmlassungsverfahren – erlauben, sich zu den vorgesehenen Regelungen zu äussern und ihren Standpunkt einzubringen.¹⁷ Der Gesetzgeber sollte einerseits

13 Dadurch wird bewusst die Bedeutung der Phase der Inhaltgebung gegenüber jener der Entscheidungsfällung herausgehoben; vgl. dazu MEIER, Kooperation, 16. FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, 497: Wer am staatlichen Gewaltmonopol teilhat, ist rechtlich zu binden.

14 So auch GIGER, Mitwirkung, 223, für die Regelung der Verbandsmitwirkung im allgemeinen.

15 Vorn § 6 II B 2.

16 BALLY ET AL., Politik, 243; WILDHABER, Vertrag und Gesetz, 133; GROSSEN, Travaux préliminaires, 355.

17 Vgl. dazu vor allem J. P. MÜLLER, Soziale Grundrechte, 927.

sicherstellen, dass die Mitglieder der rechtsetzenden privaten Organisationen über das Rechtsetzungsvorhaben informiert sind und sich nötigenfalls in den statutenmässigen Formen in den Prozess einschalten können.¹⁸ So könnten die Organisationen gesetzlich verpflichtet werden, die Aufnahme von Vorarbeiten und/oder das Vorliegen von Erlassentwürfen in ihrem Publikationsorgan bekanntzumachen und auf Möglichkeiten der Stellungnahme hinzuweisen. Unter Umständen ist es angezeigt, den Organisationsmitgliedern im Delegationserlass ausdrücklich Initiativ- oder Antragsrechte einzuräumen, speziell um allfällige Minderheiten¹⁹ innerhalb des Verbandes zum Zug kommen zu lassen.²⁰

Andererseits kann es geboten sein, die privaten Kompetenzträger zur Anhörung betroffener Nichtmitglieder anzuhalten. Wo ein privater Kompetenzträger die Marktordnung definiert, wären beispielsweise andere Akteure (Konsumenten, Handel usw.) auf diesem Gebiet zur Vernehmlassung einzuladen;²¹ wo Arbeitgeberverbände allein Diplomreglemente erlassen, hätten sie die entsprechenden Arbeitnehmerorganisationen, Ausbildungsinstitutionen usw. zu begrüssen.

Dagegen sind Bestimmungen, welche die Organisationsautonomie der Kompetenzträger tangieren, wie erwähnt nach Möglichkeit zu vermeiden: Ob sich die einzelnen Sektionen eines Verbandes mit Delegierten an der Erarbeitung des Erlasses beteiligen, ein Sekretariatsmitarbeiter allein oder eine spezielle Kommission die Regelung vorbereiten, vor allem aber ob zum Entscheid über eine Regelung die Anordnung einer Urabstimmung erforderlich ist oder nur ein Vorstandsbeschluss, sollte der betreffenden Organisation überlassen bleiben.²²

Schliesslich dürfte es in vielen Fällen notwendig sein, dass der Gesetzgeber die periodische Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung der Erlasse Privater sicherstellt. Er kann beispielsweise die Geltungsdauer solcher Erlasse zum vornherein befristen oder die Privaten zu einer regelmässigen – sei es alle drei, fünf oder zehn Jahre – Evaluation und Revision ihrer Regelungen verpflichten.²³ Gerade solche

18 In diesem Sinn auch FORRER, STEG, 83 f. Vgl. Art. 7 SZR (Beispiel E), wonach die "Vorschriften"-Entwürfe jeweils zur Stellungnahme im SEV-Bull. publiziert werden, oder die Praxis der SNV, im VSM/SNV-Normen-Bull. in einer speziellen (und auffällig gekennzeichneten) Rubrik die zur Kritik vorgelegten Entwürfe unter Bekanntgabe einer Einsprachefrist zu publizieren.

19 Beispielsweise gegenüber Verbandsorganen mit "verengtem Standesdenken" (BVerfGE 33, 159, zit. vorn § 13 II B 3).

20 So tut sich die SUISA-Verwaltung sehr schwer mit dem Anspruch der Jazzkomponisten, für diese Sparte der Musik einen eigenen Tarif aufzustellen oder sie vermehrt der ersten Musik zuzuordnen. Hier hätte die Schiedskommission (Beispiel C) eventuell eine zusätzliche Funktion wahrzunehmen. Ähnliche Situationen sind denkbar bei der technischen Rechtsetzung oder in der Berufsbildung.

21 In diesem Sinn: die Verpflichtung der SUISA (Beispiel C), die Vorschläge der Veranstalter-Organisationen einzuholen und zu berücksichtigen. Bei den MHV-Tarifen (Beispiel F) wäre eine Pflicht zur Anhörung der Verkehrsverbände denkbar.

22 Oben Anm. 13. Dass gerade bei der Käseunion der Gesetzgeber bestimmte, wer die delegierten Regelungen erlässt, ist wohl kein Zufall: vgl. vorn § 5 III B (Bemerkungen zur Problematik der Zuordnung der Käseunion zum privaten Bereich und zur umstrittenen Politik dieser Organisation).

23 Vgl. die vorn § 6 II B 3b erwähnten Beispiele.

Bestimmungen können einen wichtigen Teil des Anspruchs einlösen, den das deutsche Bundesverfassungsgericht dem (materiell verstandenen) Gesetzesvorbehalt zuschreibt: dem Standesdenken und der Beharrungstendenz privater Normsetzer entgegenzuwirken.²⁴ So mutet es eigenartig an, dass beim Erlass des STEG (Beispiel H) in keiner Weise versucht wurde, das dynamische Moment der Rechtsetzung im technischen Bereich einzufangen. Weder wurde eine periodische Überarbeitung der genehmigten Regelungen durch die Fachorganisationen angeordnet, wie sie für die (privaten) Normen der SNV durchaus üblich ist, noch – beispielsweise – der zur Beratung des Bundesrates eingesetzten Kommission ein entsprechender Evaluationsauftrag erteilt oder angemessene Interventionsmittel zur Verfügung gestellt.²⁵

III. Begleitung und Kontrolle ausgelagerter Rechtsetzung durch staatliche Behörden

A. Allgemeine Überlegungen und Übersicht

Für den Umgang der Verwaltung mit ausgelagerter Rechtsetzung erscheint es mir richtig, ähnlich wie für die verwaltungsinterne Behandlung anderer Rechtserlasse generelle Regeln zu formulieren. Es kann dabei natürlich nicht darum gehen, Vorschriften aufzustellen, wonach die Verwaltung den Rechtsetzungsprozess der privaten Organisationen dubliert.²⁶ Sie soll sich nicht selber auf den Weg der Inhaltgebung machen und jeden Schritt selbständig ein zweites Mal vollziehen.

Analog wie das Parlament bei seiner Rechtsetzung die Vorentscheidungen der Exekutive, dokumentiert in der bundesrätlichen Botschaft, in Kommission und Plenum vorerst *nachvollzieht*,²⁷ soll die Verwaltung gegenüber ausgelagerter Recht-

24 Vgl. vorn § 13 II B 3: "... ein verengtes Standesdenken begünstigen, das notwendigen Veränderungen und Auflockerungen festgefügtter Berufsbilder hinderlich ist. Solchen Gefahren ... vorzubeugen ... gehört mit zu den Funktionen des Gesetzesvorbehalts".

25 Die Kommission wird laut Gesetz und Verordnung (insbes. Art. 3 Abs. 2 STEV) nur im Genehmigungsverfahren tätig. – Sich darauf zu verlassen, dass die Verbandsusanz ohne weiteres auch auf die staatlich genehmigten Erlasse angewendet würde, erscheint mir unvorsichtig (abgesehen davon, dass sie nicht für alle Regelungsberechtigten gilt): Solange das Sorgfaltsgebot gemäss Gesetz (Art. 4 Abs. 1 STEG) durch die Befolgung genehmigter Normen als erfüllt gilt, besteht im Prinzip ein kleineres Interesse an einer Revision der Norm als dann, wenn die Beachtung technischer Normen nur eine widerlegbare Vermutung für die gebotene Sorgfalt darstellt.

Vgl. BGE 94 I 629 bezüglich SEV und Vorwurf des "Machtmissbrauchs".

26 GRAUER, Verweisung, 190, findet den Weg über die Genehmigung zu umständlich; besser wäre es, den üblichen Weg zu gehen und den Sachverstand im Vorverfahren der ordentlichen Verordnungsgebung einzubringen.

27 Hier endet die Parallele: Anders als dem Parlament, das anschliessend die Lösungen der Exekutive bestätigt oder verwirft und durch eigene ersetzt, steht der Verwaltung gegenüber ausgelagerter Rechtsetzung keine gestaltende Entscheidung zu, vgl. vorn § 6 I. FORRER, STEG 83, zu den beschränkten Möglichkeiten der Gestaltung durch die Behörden selber.

setzung als den Gestaltungsprozess kontrollierende Instanz²⁸ wirken. Zum einen hat sie nachzuprüfen, ob die privaten Kompetenzträger sich an die auferlegten Verfahrensvorschriften gehalten haben, und damit die politische "Entscheidungs rationalität" zu stärken (B.); zum andern dient der Genehmigungsprozess für die inhaltliche Überprüfung der privaten Regelungen (C.). Wegen der rechtsstaatlichen und demokratischen Bedeutung beider Komponenten erscheint es notwendig, die Erlasse Privater *ausnahmslos*²⁹ einer solchen Kontrolle zu unterwerfen. Dieser Vorgang kann dadurch erleichtert werden, dass die privaten Rechtsetzer verpflichtet werden, die entscheidenden Schritte des Gestaltungsprozesses und wesentliche Punkte ihrer Lösung der Genehmigungsbehörde in einem begleitenden Bericht, einer Art "Botschaft", zu erläutern und einschlägige Dokumente³⁰ beizulegen.³¹ — Hinweise auf besondere Kontroll- und Interventionsinstrumente beschliessen diesen Abschnitt (D.).

B. Die Verwaltung und der ausgelagerte Rechtsetzungsprozess

Bevor sich die Genehmigungsinstanz³² inhaltlich mit den Regelungen Privater befasst, hat sie sich in erster Linie anhand der eingereichten Unterlagen zu vergewissern, dass die Kompetenzträger in ihrem Rechtsetzungsprozess den gesetzlichen Verfahrensvorschriften nachgelebt haben. Selbstverständlich gehört dazu nicht nur, dass beispielsweise tatsächlich Betroffene angehört wurden; die privaten Rechtsetzer müssten sich zudem darüber ausweisen, dass und wie sie sich mit solchen Meinungsäusserungen auseinandergesetzt haben. Die Verwaltung sollte die Wahl haben, auf Verfahrensmängel mit Rückweisung bzw. Nicht-Genehmigung der entsprechenden Regelung zu reagieren oder korrigierend einzugreifen und die notwendigen Verfahrensschritte nachzuholen. Entsprechend der Bedeutung, die in dieser Arbeit den Verfahrensaspekten bei ausgelagerter Rechtsetzung beigemessen wird, kommt auch der gewissenhaften Überprüfung durch die Verwaltung ein grosses Gewicht zu.

Wo die Privaten ihre Regelung ohne Vernehmlassungspflichten ausarbeiten, kann schliesslich vorgesehen werden, dass die Verwaltung während des Genehmigungsverfahrens für Möglichkeiten zur Stellungnahme Interessierter sorgt.³³

28 Diese Funktion des Parlaments hebt EGLOFF, Informationslage, 37 ff., als die zentrale hervor.

29 Anders heute, vgl. für die entsprechenden Fälle vorn § 6 II C 2. und den ursprünglichen Vorschlag in BOTSCHAFT STEG (vorn § 12 II A). KNAPP, Collaboration, 393, spricht nur von der *Möglichkeit* der Genehmigung.

30 Zu denken ist vor allem an Minderheitenpositionen oder Stellungnahmen der angehörten Kreise.

31 So festgelegt in Art. 1 Abs. 2 Reglement Schiedskommission (Beispiel C). Ähnlich GROSSEN, Travaux préliminaires, 36 f., bezüglich der Entstehung von Vernehmlassungstexten.

32 Wie das Beispiel (C) der SUIA-Tarife zeigt, kann dies ausser einer Instanz der Zentralverwaltung auch eine spezielle (Schieds)Kommission sein. Eine solche wäre unter Umständen ausdrücklich auf mehr als eine Willkürüberprüfung zu verpflichten.

33 So wird heute die Einreichung von Diplomreglementen zur Genehmigung zusammen mit

C. Die Verwaltung und der Inhalt ausgelagerter Rechtsetzung

Die Genehmigung von Rechtserlassen gilt selber nicht als Akt der Rechtsetzung, sondern als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.³⁴ Es ist insofern logisch und systemkonform, wenn die Verwaltung auf die Überprüfung ausgelagerter Rechtsetzung nicht die für die Verordnungsgebung geltenden Verfahrensvorschriften anwendet. Andererseits ist die Genehmigung doch als Teil des Rechtsetzungsprozesses zu verstehen. Die Verwaltung ist zwar nicht am Prozess der Inhaltgebung für ausgelagerte Rechtsetzung beteiligt; der Entscheid der privaten Rechtsetzer ist jedoch nur ein bedingter: abhängig nämlich auch von einer inhaltlichen Kontrolle durch die Genehmigungsbehörde. Diese überprüft, wie der Regelungsauftrag erfüllt wurde, und sollte allfällige Verstösse gegen die Rechtsordnung oder allgemeine, öffentliche Interessen zutage fördern. Es erscheint mir deshalb sinnvoll, generell vorzusehen, dass im Genehmigungsverfahren die Verordnungen privater Organisationen grundsätzlich analog zu Verordnungsentwürfen der Exekutive behandelt werden: Konkret wäre der Genehmigung eine Art Mitberichtsverfahren und präventive Normenkontrolle vorzulagern.

Die Gewichte sollten dabei entsprechend den Besonderheiten, die die ausgelagerte Rechtsetzung kennzeichnen, verteilt werden:

Die privaten Kompetenzträger sind nicht Spezialisten der Rechtsetzung. Ihre Erlasse sind deshalb einerseits in gesetzestechnischer Hinsicht³⁵ genau unter die Lupe zu nehmen und andererseits sorgfältig auf Konflikte mit der übrigen Rechtsordnung hin zu untersuchen.³⁶ Schliesslich gilt es auch zu überprüfen, ob die privaten Rechtsetzer den allgemeinen und öffentlichen Interessen genügend Rechnung getragen haben. Eine zentrale Rolle wäre in dieser Phase vom Bundesamt für Justiz zu übernehmen, das die privaten Erlasse weniger auf Zweckmässigkeit denn auf Rechtmässigkeit hin zu begutachten hätte.³⁷

einer "Einsprachefrist" im BBl. bekanntgegeben. Wäre Ähnliches für Sicherheitsregeln vorzusehen?

34 SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht, 73 f.

35 Also nach der Übereinstimmung mit den RL-GT.

36 VPB 44.131 enthält ein instruktives Beispiel dafür, wie private Rechtsetzer in ihrer Normierungstätigkeit allgemeine rechtliche Grundsätze verletzen können (Verpflichtung der Lehrlinge in einem Ausbildungsreglement, eine persönliche Buchhaltung zu führen und Ausbildungs- und Prüfungsorganen zu unterbreiten, als Verstoß gegen den Schutz der Privat- bzw. Geheimsphäre).

37 Nur wenn das zuständige Fachdepartement (etwa das EVED) sich bei seiner Überprüfung zurückhält, kann der mit der Auslagerung angestrebte Entlastungseffekt zum Tragen kommen. Vgl. die Mahnungen bei BÖCKENFÖRDE, Verbände, 243; FORRER, STEG, 83; GRAUER, Verweisung, 190.

D. Besondere Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten

Vereinzelte sind wir bereits besonderen Interventions- oder Kontrollinstrumenten der Verwaltung gegenüber privaten Rechtsetzern begegnet.³⁸ An dieser Stelle werden verschiedene Möglichkeiten nur noch als Hinweis für spezielle Situationen und stichwortartig erwähnt. Vorwegzunehmen ist, dass die Verwaltung gegenüber den privaten Kompetenzträgern im Prinzip eine Weisungsbefugnis hat;³⁹ allerdings sollte sie sich dabei insofern zurückhalten, als sie mit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen den privaten Organisationen ja für ihre Regelungen einen Spielraum einräumen *wollte*.

– Mitarbeit von Verwaltungsvertretern bei ausgelagerter Rechtsetzung?

Bei einer direkten, aktiven Beteiligung von Verwaltungsvertretern an der Ausarbeitung ausgelagerter Rechtsetzung, etwa bei Sicherheitsbestimmungen, wäre klarzustellen, dass damit der Genehmigungsentscheid in keiner Weise präjudiziert werden kann.

– Bedingtes Veto?

Diese gegenüber der Käseunion (Beispiel K) mögliche Interventionsmassnahme hat nur dort einen Sinn, wo Regelungen schnell erlassen und in Kraft gesetzt werden müssen (z.B. Marktordnungen).

– Vorprüfung durch die Verwaltung?

Eine solche hätte ebenfalls keine präjudizierende Wirkung. Sie kann dort sinnvoll sein, wo private Erlasse von einer Delegiertenversammlung beschlossen werden und eine nachträgliche Nichtgenehmigung als Desavouierung interpretiert werden und damit die Befolgung des Erlasses gefährden könnte.⁴⁰

– Substitution durch die staatlichen Behörden?

Ob die ausdrückliche Erwähnung dieser Möglichkeit (vgl. STEG, Beispiel H) sinnvoll ist und sich wie im Fall der Käseunion (Beispiel K) bewährt, wird die Praxis im Bereich der Sicherheitsgesetzgebung zeigen.

– Genehmigung der Statuten privater Rechtsetzer?

Diese Massnahme ist vor allem im Zusammenhang mit ausgelagerten Verwaltungsaufgaben anzuordnen; gegenüber privaten Rechtsetzern kann sie angezeigt sein, wo Minderheiteninteressen verletzt wurden oder andere Probleme Vorbehalte rechtfertigen.

38 Veto bei der Käseunion (vorn § 5 III B); Substitution beim STEG (Beispiel H).

39 VPB 34.102.

40 ZVSM-Erlasse (Beispiel K), wo die Auslagerung auch hauptsächlich durch die Notwendigkeit der Unterstützung durch die Betroffenen motiviert ist; NELL, Gesetzgebungsprobleme, 288.

– Spezielle Rechtsmittelinstanzen?

Diese von GYGI⁴¹ für den Bereich der Wirtschaftsverwaltung angeregte Massnahme könnte sinnvoll sein in jenen Gebieten, wo die Rechtsetzung stark spezialisiert ist und das Bundesgericht sich deshalb in der Normenkontrolle sehr zurückhält.⁴²

IV. Zur Publikation von Rechtserlassen Privater

Wie dargestellt,⁴³ kommen bei ausgelagerter Rechtsetzung öfter spezielle Publikationsvorschriften vor. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit und Information des Bürgers scheint es mir gerade bei den in besonderen Verfahren entstandenen Erlassen Privater problematisch, wenn zusätzlich das Publizitätserfordernis relativiert wird, indem diese Regelungen nicht im ordentlichen Publikationsorgan und eventuell sogar nur als Sonderdruck veröffentlicht werden. Die Publikationspraxis ist jedoch zur Zeit allgemein im Umbruch⁴⁴ und das RKG aus dem Jahr 1948 in umfassender Revision.⁴⁵ Ohne Kenntnis des neuen Publikationskonzeptes erscheint es schwierig, an dieser Stelle konkrete Anforderungen an die Veröffentlichung ausgelagerter Rechtsetzung zu formulieren. Es bleibt nur, auf den grundlegenden Konflikt hinzuweisen: Spezielle, gezielt an einen beschränkten Kreis gerichtete Publikationsorgane können den informierten Adressaten das Auffinden der für sie geltenden Normen erleichtern; sie erschweren aber allgemein die Übersicht über die Rechtsordnung als Ganzes. Es ist zu erwarten, dass das neue Publikationsgesetz den Spielraum des Gesetzgebers definiert, der in Bereichen mit ausgelagerter Rechtsetzung auf die Besonderheiten des Falles abgestimmte abweichende Regeln erlassen will, indem es die massgeblichen Kriterien und die möglichen Alternativen nennt.

41 GYGI, Rechtsprechung 1978, 174 f.

42 In diesem Sinn die Schiedskommission des URVG (Beispiel C). Anwendung bei der technischen Normierung? Skeptisch bezüglich des Bereichs Berufsbildung aufgrund der Fallstudie in ACKERMANN/STEINMANN, Verflechtung, Teil II: Kap. 2, 2.

43 Vorn § 6 II D.

44 Vgl. VPB 44.76 und vorn § 8 II C: Teilweise nur noch Aufnahme von Titel und Fundstelle in die AS.

45 Der Entwurf für ein das RKG ersetzendes "Publikationsgesetz" soll noch in der aktuellen Legislaturperiode 1979/83 vor die Räte kommen (Zwischenbericht über die Richtlinien der Regierungspolitik, BBl. 1981 III 665).

LEBENS LAUF

Am 23. Juni 1950 in Philadelphia (USA) geboren; im Sommer 1955 Rückkehr der Familie in die Schweiz. Schulen in Zug; Maturität Typ B. Einjähriges Studium vor allem sozialwissenschaftlicher Fächer am Mount Holyoke College in Massachusetts (USA).

Rechtsstudium an der Universität Zürich; Lizentiat 1975. Während drei Jahren Mitarbeiterin der Schweizerischen Kommission für Studienreform. Anschliessend hauptsächlich Arbeit an der Dissertation. Seit Frühjahr 1982 am Bezirksgericht Zürich. Promotion im Sommersemester 1982.

